

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CAMILA VIEIRA SIMÕES

LEI 12.403/2011: REFLEXÕES SOBRE O PARADIGMA ENCARCERIZADOR  
DOMINANTE

CURITIBA

2012

CAMILA VIEIRA SIMÕES

LEI 12.403/2011: REFLEXÕES SOBRE O PARADIGMA ENCARCERIZADOR  
DOMINANTE

Monografia apresentada como requisito parcial  
à conclusão do Curso de Direito, Setor de  
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do  
Paraná.

CURITIBA

2012

Aos meus pais, Fátima e Robson, pelo amor incondicional.

À Helô, por ser minha outra metade.

Ao Danilo, pelo imenso carinho e por estar sempre ao meu lado.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, por ser tão bom comigo. Por ter iluminado e guiado minha caminhada e por tornar tudo possível.

Para não correr o risco da injustiça, agradeço de antemão a todos que de alguma forma passaram pela minha vida e contribuíram para a construção de quem sou hoje.

Aos meus pais, por não terem medido esforços para que eu chegasse até aqui. Por terem me apoiado em todas as decisões, por serem sempre meu porto seguro nos momentos difíceis e muito também pela paciência. Agradeço pelos exemplos de caráter, humildade e perseverança. À minha irmã, pelos incentivos e por ser uma menina maravilhosa. Assim como toda minha família, sei que não seria nada sem vocês.

Ao Danilo, por ser meu melhor amigo. Pelo amor, carinho e paciência. As brincadeiras, os sorrisos e os momentos maravilhosos que passamos juntos. Por ter me incentivado sempre, mesmo quando a vontade era de desistir. Agradeço por ter você em minha vida, e por me fazer muito feliz!

Aos amigos e amigas da Faculdade de Direito de Curitiba, que fizeram do meu primeiro ano de faculdade um ano maravilhoso, e com certeza deixaram muita saudade.

Aos amigos conhecidos nesta Casa, por terem tornado essa caminhada ainda mais incrível, por todas as festas, carnavais e jogos jurídicos juntos, vocês são demais! À Turma do Centenário, por ter me acolhido tão bem, por serem mais que colegas de profissão, mas sim amigos de verdade. E também por terem me ensinado o significado de companheirismo, pelo suporte nos momentos de dificuldade que enfrentamos juntos, que não foram poucos.

À minha orientadora, professora Priscilla Placha Sá, por ter-nos apresentado de forma tão apaixonante o Direito Penal, e mesmo com todas as falhas e incoerências do sistema, conseguiu fazê-lo com verdadeira mestria. Agradeço também pela dedicação e paciência com esse trabalho, e principalmente pelas orientações dadas.

A todos, o meu muito obrigada!

As nuvens mudam sempre de posição, mas são sempre nuvens no céu. Assim devemos ser todo dia, mutantes, porém leais com o que pensamos e sonhamos; lembre-se, tudo se desmancha no ar, menos os pensamentos. (Paulo Baleki)

## RESUMO

Publicada no mês de maio de 2011, a Lei 12.403 tem o intuito de promover um novo enfoque no que diz respeito às medidas cautelares. Numa visão eminentemente instrumental, a prisão pode ser decretada antes da sentença penal condenatória, quando presentes os requisitos que a justifique. A lei objeto deste trabalho pretende romper com o binário prisão preventiva/liberdade provisória, para conceder ao magistrado um rol de medidas alternativas a serem aplicadas quando a prisão se mostrar inadequada ou excessiva ao caso concreto. Propõe, também, limites circunstanciais, evidenciando um caráter verdadeiramente excepcional, admitindo-se a prisão somente em casos extremos, nos quais nenhuma outra medida se mostre eficaz. O principal problema surge quando a presunção de inocência passa a ser o princípio norteador do processo penal. Prisão cautelar e presunção de inocência são noções contrapostas, na medida em que esta determina que todo acusado deverá ser considerado inocente até a sentença condenatória transitada em julgado. Esta não impediria que o acusado seja preso antes de uma eventual condenação, no entanto, essa prisão deverá se revestir do caráter cautelar. Portanto, para que a prisão preventiva seja decretada, o juiz primeiro deverá verificar se o fato se encaixa dentro dos quais a lei permite a medida (art. 313 do CPP); segundo, se está presente o *fumus comissi delicti*; terceiro, se existe *periculum libertatis*, se a medida vai satisfazer a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, assegurar a aplicação da lei penal ou a instrução criminal. Depois de analisados esses quesitos, a preventiva somente será decretada se as demais cautelares não se revelarem suficientes ou adequadas. Verifica-se uma tendência crescente ao rompimento com o cárcere, na medida em que o processo penal tem buscado condenações alternativas, como a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e/ou multa, vez que a prisão já não cumpre suas funções de ressocialização. Assim, manter o acusado preso durante o processo para, ao fim, ser posto em liberdade é um verdadeiro contrassenso.

**Palavras-chave:** Processo Penal; prisão preventiva; medidas cautelares; *fumus comissi delicti*; *periculum libertatis*; Lei 12.403/11.

## RIASSUNTO

Pubblicata nel maggio 2011, la legge 12.403 ha lo scopo di promuovere un nuovo fuoco per quanto riguarda le misure cautelari. In una visione veramente strumentale, la prigione può essere emanata prima della sentenza penale, quando si verificano i requisiti per giustificarla. La legge oggetto di questo lavoro si propone di rompere con il binario custodia cautelare/libertà provvisoria, per dare al magistrato un elenco di misure alternative ad essere applicati quando la prigione si rivela insufficiente o eccessiva nel caso posto. Propone, anche, limiti circostanziali, evidenziando un carattere veramente eccezionale, ammettendo la prigione solo in casi estremi in cui nessun'altra misura si mostra efficace. La questione principale si pone quando la presunzione d'innocenza diventa il principio guida della procedura penale. Custodia cautelare e presunzione d'innocenza sono nozioni opposte, poiché questa determina che tutti gli accusati dovrebbero essere considerati innocenti fino alla sentenza di condanna definitiva. Questa non impedirebbe che l'imputato venga arrestato prima di una eventuale condanna, tuttavia, questo arresto dovrebbe essere messo sulla natura cautelare. Quindi, in finché la prigione cautelare sia ordinata, il giudice dovrebbe innanzitutto verificare se il fatto si inserisce in cui la legge consente la misura (art. 313 CPP); e nel secondo luogo, se si verifica il *fumus commissi delicti*; e il terzo, se c'è il *periculum libertatis*, se la misura è in grado di soddisfare la garanzia della ordine pubblica o della ordine economica, se garantisce la applicazione della legge penale o dell'indagine criminale. Dopo aver analizzato questi quesiti, la custodia cautelare solo sarebbe ordinata se gli altri misure cautelari non si rivelano sufficienti o adeguate. Si verifica una crescente tendenza di rompere con il carcere, dal fatto che la procedura penale viene cercando condanne alternative, come ad esempio la sostituzione di privazione della libertà per sanzioni restrittive dei diritti e/o multa, perché il carcere non soddisfa più la loro funzioni di risocializzazione. Quindi, mantenere l'imputato imprigionato durante il processo per, alla fine, essere rilasciato non ha senso vero e proprio.

**Parole-chiave:** Procedura Penale; custodia cautelare; misure cautelari; *fumus commissi delicti*; *periculum libertatis*; Legge 12.403/11.

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	9
<b>2.</b>	<b>PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E PRISÃO CAUTELAR</b>	11
2.1.	Sobre a pena: breves notas históricas	11
2.2.	Finalidade cautelar no processo penal	17
2.3.	Inexistência de um poder geral de cautela	19
2.4.	Características das cautelares processuais penais	22
2.5.	Critérios cautelares	24
2.5.1.	Urgência	25
2.5.2.	Sumariedade formal	25
2.5.3.	Sumariedade material	25
2.5.4.	Aparência	26
2.5.5.	Temporariedade	26
2.5.6.	Incapacidade de gerar coisa julgada material	27
2.5.7.	Referibilidade	28
<b>3.</b>	<b>PRINCÍPIOS E REQUISITOS CAUTELARES</b>	29
3.1.	Princípios cautelares	29
3.1.1.	Princípio da necessidade	29
3.1.2.	Princípio da proporcionalidade	31
3.1.3.	Princípio da adequação	34
3.1.4.	Princípio da jurisdicionalidade e motivação	36
3.1.5.	Princípio do contraditório	37
3.1.6.	Princípio da provisionalidade	38
3.1.7.	Princípio da provisoriedade	39
3.1.8.	Princípio da excepcionalidade	40
3.2.	Requisitos fundamentais das medidas cautelares: fumus comissi delicti e periculum libertatis	41
3.3.	Prisão cautelar e a relação com a presunção de inocência	43
<b>4.</b>	<b>DA PRISÃO DURANTE O PROCESSO SOB A ÓTICA DA LEI 12.403/2011</b>	49
4.1.	Regras gerais de aplicação das medidas cautelares	49
4.2.	Prisão em flagrante	51
4.3.	Prisão preventiva	52
4.3.1.	Requisito da prisão preventiva: fumus comissi delicti	54
4.3.2.	Fundamento da prisão preventiva: periculum libertatis	55
4.3.3.	Hipóteses legais de admissibilidade	64
<b>5.</b>	<b>ASPECTOS DA LEI 12.403/11 DO CENÁRIO POLÍTICO-CRIMINAL BRASILEIRO</b>	71
5.1.	Reflexões sobre o cenário atual	71
5.2.	A criminalidade na perspectiva da mídia	73
5.3.	Críticas à prisão provisória	77
5.4.	Lei 12.403/11: rompimento com o paradigma encarcerizador dominante?	79
<b>6.</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	82
	<b>REFERÊNCIAS</b>	84





## 1. INTRODUÇÃO

Publicada no início do mês de maio de 2011, a Lei 12.403/11 introduziu no ordenamento jurídico relevantes modificações no tocante à prisão e à liberdade provisória, inserindo também medidas alternativas ao cárcere.

A discussão torna-se latente a partir do momento em que a lei, consoante o disposto na Constituição Federal, estabelece como seu pressuposto e fundamento máximo a presunção de inocência, ou melhor, a afirmação desta antes de qualquer sentença penal condenatória.

O sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941, em sua primitiva redação, foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação da culpabilidade (aqui referida no sentido lato, de responsabilidade penal), na medida em que a fundamentação da custódia (ou prisão) referia-se apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica.<sup>1</sup>

A lei 12.403/11 veio a afirmar o que já garantia a Carta Magna, assegurando a observância do status de inocente em todas as fases da persecução penal, seja na fase inquisitorial quanto na fase processual.

Assim, o cabimento da prisão cautelar teve seu âmbito estritamente reduzido, somente se justificando quando adequada e indispensável a medida, diante da existência do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, por ordem judicial devidamente fundamentada. De outro modo, o texto legal agora apresenta soluções diversas ao juiz, “rompendo com o binário reducionista de prisão cautelar ou liberdade provisória, para oferecer ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva”<sup>2</sup>.

É dizer: agora, com as novas regras, somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independentemente da instância em que se encontrar o processo.<sup>3</sup>

Note-se que, tanto para a prisão como para as medidas cautelares diversas desta, qualquer restrição que venha a ser feita a direitos fundamentais e individuais, fundamentar-se-ão no juízo de necessidade e adequação da medida, justificando a imperiosidade da restrição do direito.

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Atualização do Processo Penal. Lei 12.403, de 05 de maio de 2011**. p. 8. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/56497413/Eugenio-Pacelli-mudancas-CPP-Lei-12-403-11>. Acesso em 23/10/2011.

<sup>2</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 3.

<sup>3</sup> OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 9.

A regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para os casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou reiteração criminosa.<sup>4</sup>

Entretanto, primar por medidas cautelares diversas da prisão não impede que esta seja decretada de imediato quando presentes os requisitos que a legitimem.

Em contrapartida, algumas cautelares elencadas no texto legal mostram-se extremamente danosas ao agente. Outras se apresentam, na atual estrutura que dispomos, evidentemente impraticáveis diante da impossibilidade de fiscalização do cumprimento da medida. Diante disso, muitos discursos surgem afirmando que a lei veio para “assegurar a impunidade”, “dar regalias para bandidos”, entre outros.

Pretende esse trabalho sintetizar os principais aspectos referentes às medidas cautelares, principalmente pela nova orientação dada pela Lei 12.403, mostrando que não tende a assegurar a impunidade, mas sim, estabelecer a proporcionalidade da providência cautelar ao resultado final a que se destina a tutelar o processo penal, evitando a tendência massificante ao cárcere quando, muitas vezes, a condenação final não é à uma pena privativa de liberdade. E, por fim, fazer uma breve análise se está o ordenamento jurídico tendente a romper com a cultura encarcerizadora.

---

<sup>4</sup> LOPES JUNIOR. 2011, p. 13.

## 2. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E PRISÃO CAUTELAR

### 2.1. Sobre a pena: breves notas históricas

“A história da prisão não é de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma.”<sup>5</sup> Durante os períodos históricos, a forma de punir era distinta, mas a prisão sempre foi concebida como um mal necessário.

A Antiguidade não aplicava a restrição de liberdade como uma sanção penal. O cárcere existia, mas não com a finalidade de punição. “Até fins do século XVIII a prisão serviu somente à contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados.”<sup>6</sup> Tinha a finalidade de custódia, ou seja, mantinha o acusado encarcerado até a sua sentença, sobrevivendo uma condenação à pena de morte, penas corporais (mutilações) e/ou penas infamantes. “Por isso, a prisão era uma espécie de ‘ante-sala’ de suplícios, pois se usava a tortura, frequentemente, para descobrir a verdade”<sup>7</sup>. Grécia e Roma também conheceram a prisão com a destinação de custódia, pois o objetivo era o de impedir que o culpado se subtraísse à pena imposta.

Tampouco na Idade Média a privação da liberdade se apresentou com caráter de pena. Com forte influência do Direito Germânico, o cárcere continuou servindo como uma medida preliminar à condenação, que tinha como objetivo agradar uma população sedenta por sangue e distrações bárbaras. Surgem, nesse período, duas modalidades de prisão: a prisão de Estado e a prisão eclesiástica. Na primeira, somente poderiam ser detidos os inimigos do estado, aqueles que tivessem divergências com o poder real ou senhorial, os opositores ao governo e aqueles que tivessem cometido delitos de traição. Apresentava duas modalidades: a prisão-custódia, na qual o condenado apenas aguardava a execução da pena que lhe fora imposta; ou como detenção de caráter temporário ou perpétuo, até que recebesse o perdão real.

A prisão eclesiástica, também conhecida como prisão canônica,

---

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 14a. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 469.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 470.

<sup>7</sup> *Idem*.

é um importante antecedente da prisão moderna, pois é lá que se encontram os princípios de uma 'pena medicinal', com o objetivo de levar o pecador ao arrependimento e à ideia de que a pena não deve servir para a destruição do condenado, senão para seu melhoramento.<sup>8</sup>

Dava à reclusão um sentido de penitência, buscando o arrependimento do clérigo infrator e a sua correção.

Inegavelmente, o Direito Canônico contribuiu decisivamente para com o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. Precisamente do vocábulo 'penitência', de estreita vinculação com o Direito Canônico, surgiram as palavras 'penitenciário' e 'penitenciária'. Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teleológico-morais tiveram, até o século XVIII, no Direito Penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas.<sup>9</sup>

Até então, o panorama europeu era este: uso desmedido da pena de morte, acompanhada de outras medidas extremamente violentas. Contudo, a pena de morte passa ser questionada a partir de meados do século XVI, já que não vinha se mostrando um instrumento eficaz frente ao crescente aumento da pobreza e, conseqüentemente, da criminalidade. Inicia-se na Europa um movimento de fundamental influência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, buscando a "construção de prisões organizadas para a correção dos apenados através do trabalho e da disciplina"<sup>10</sup>.

A origem desse movimento foi a evidente pobreza que se estendia pela Europa, culminando em uma camada social deserdada de qualquer fortuna, composta por pobres e/ou miseráveis que contribuíam para a formação de uma gama de mendigos e ladrões. Como era praticamente impossível enforcar todos, surge a necessidade de *gerir* essa população através do encarceramento e da construção de prisões para a correção dos delinquentes.

A principal causa da transformação da prisão-custódia em prisão-pena foi a necessidade de que não se desperdiçaria 'mão-de-obra', e também para controlar sua utilização conforme as necessidades de valorização do capital. Existe uma forte influência do modelo capitalista implantado nessa época.<sup>11</sup>

Para afirmar que ainda hoje o cárcere é um sistema em expansão, é necessário analisar, ainda que sucintamente, as fases de sua consolidação histórica.

<sup>8</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**. Vol. 1. 8a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 2.

<sup>9</sup> BITENCOURT. 2009, p. 473-474.

<sup>10</sup> LOPES JUNIOR. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p.3.

Karina Nogueira Vasconcelos, baseando-se em Thomas MATHIESEN, divide essa consolidação em três momentos<sup>12</sup>.

O primeiro caracterizou-se pelo internamento predominantemente de pobres, desempregados, vagabundos e mendigos. Segundo MATHIESEN<sup>13</sup>, com a queda do feudalismo e o abandono do campo pelos servos da gleba, um grande exército de pessoas tornou-se disponível no mercado de trabalho, havia uma superoferta de mão de obra. Manter os mendigos e vagabundos sob vigilância era uma atitude decisiva para a manutenção da ordem.

As instituições eram destinadas, quase que em sua plenitude, à vagabundagem, que era tida como óbice tanto à produção como ao comércio. Para Michel Foucault<sup>14</sup>, essas casas de internamento eram uma das últimas medidas adotadas, a partir do Renascimento, para por fim à desocupação, ou, pelo menos, à mendicância. Colocar os internados para trabalhar era uma prática em perfeita consonância com as diretrizes econômicas do mercantilismo então vigente.

As casas de internamento pretendiam suplementar a pena e não substituí-la, pois até então seu caráter era eminentemente corporal. Segundo Vasconcelos, essas casas receberam diferentes nomes: na França era conhecida como hospital; na Alemanha e Holanda, eram as penitenciárias; na Grã-Bretanha, foi chamada de casa de trabalho e casa de correção.

A suposta finalidade da instituição, dirigida com mão de ferro, consistia na reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina. O sistema orientava-se pela convicção, como todas as ideias que inspiraram o penitenciarismo clássico, de que o trabalho e a férrea disciplina são um meio indiscutível para a reforma do recluso. Ademais, a instituição tinha objetivos relacionados com a prevenção geral, que já pretendia desestimular a outros da vadiagem e da ociosidade.<sup>15</sup>

Uma segunda fase, entre os anos de 1750 e 1825, caracterizou-se pela essência do cárcere como uma verdadeira instituição para criminosos, com a progressiva diminuição das penas corporais. Esse período coincide com a emergência do capitalismo, que pregava a liberdade formal da classe trabalhadora e a concorrência.

<sup>12</sup> VASCONCELOS, Karina Nogueira. O modelo punitivo carcerário: entre a crise teórico-ideológica e o reafirmar-se político. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** 2009 – RBCCrim nº78.

<sup>13</sup> MATHIESEN, Thomas. **Perché il carcere?** Trad. Enrico Pasini e Maria Grazia Terzi. Torino: Gruppo Abele, 1996.

<sup>14</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2009.

<sup>15</sup> BITENCOURT. 2009, p. 475.

Pensando o cárcere no contexto do capitalismo nascente, afirma Mathiesen que as penas corporais já não eram condizentes ou necessárias a esse proletariado livre (ainda que ideologicamente). Condizente com as necessidades do sistema industrial de cadeias de montagem seriam penas que adestrassem o proletariado rebelde à disciplina industrial. As novas prisões se tornam, portanto, cárceres disciplinares, minuciosamente organizados, regulados e disciplinados.<sup>16</sup>

Segundo Nilo Batista, “o capitalismo recorreu ao sistema penal para duas operações essenciais: 1º garantir a mão de obra; 2ª impedir a cessação do trabalho.”<sup>17</sup>

Para garantir a mão de obra, criminalizava-se o pobre que não fosse ou procurasse se tornar um trabalhador. Surgem então as casas de trabalho, ou *workhouses* na Inglaterra, e a *rasp-huis* holandesa. Com a revolução industrial, a influência laboral nessas casas ganha nítida feição, principalmente com a criação do delito de vadiagem. Ser pobre ou não conseguir ou se recusar a vender sua força de trabalho passava a ser crime.

Com relação à cessação do trabalho, criminalizava-se aquele que tentasse evitar o trabalho tal como ele era. Assim, criou-se o delito de greve. Aquele que se recusava a ter o salário diminuído ou se demitia em busca de melhor emprego ou qualidade de vida era punido criminalmente.

Essas instituições, no entanto, foram criadas para cuidar ainda da pequena delinquência. Para aqueles que ainda cometiam delitos mais graves as penas corporais e até mesmo de morte permaneciam. Não se pode negar, contudo, que a as casas de trabalho ou de correção já constituem o embasamento da pena privativa de liberdade moderna.

Fazendo uma breve comparação entre os dois primeiros momentos, evidenciam-se mais semelhanças que diferenças. Contrastantes eram as finalidades confiadas a cada instituição: enquanto uma procurava administrar a população de mendigos e vagabundos, a outra cuidava dos infratores nas relações empregado/empregador.

A mais importante semelhança, no entanto, é que nos dois casos “as forças da ordem haviam experimentado a utilidade, e, mais que isto, a extrema necessidade, de disciplinar certos grupos de população”.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> VASCONCELOS. 2009, p. 352.

<sup>17</sup> BATISTA, Nilo. **Punidos e Mal Pagos. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje.** Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 35.

<sup>18</sup> VASCONCELOS. *Op. cit.*, p. 352-353.

É possível constatar ainda, nas duas fases, uma função comum ao cárcere: a função depuradora, que “consiste em retirar da sociedade os elementos improdutivos, seja porque essa parcela populacional torna ineficiente o sistema produtivo, seja porque ela é o retrato da própria ineficiência desse sistema.”<sup>19</sup> Ou seja, retira do sistema produtivo o que ele mesmo exclui.

Já a terceira fase, presente sobretudo nas últimas décadas do século XX e no século XXI, mostra um considerável aumento no número de detentos no mundo todo, aumento este diretamente proporcional às disparidades sociais. Diante das fortes crises econômicas e do “Estado de bem-estar” (*Welfare State*) que avassalaram os Estados Unidos e a Europa, registra-se um aumento na criminalidade que foi caracterizado como falta de controle sobre determinadas camadas sociais, leia-se os marginalizados da classe operária. Dessa forma, é possível perceber que o alto aumento nas taxas de desigualdade é totalmente correspondente ao crescimento do índice de encarceramento.

A consagração da prisão como pena traz o abandono de um ideal de aniquilação social em prol de um modelo penitenciário caracterizado pela finalidade de reinserção de quem se contrapôs ao pacto social pela delinquência. O criminoso, o sujeito abstrato violador da norma penal é visto como um sujeito necessitado de transformação.

O ponto de referência não é a própria conduta ou o tipo e grau de conduta, mas simplesmente a periculosidade do autor do ilícito. A conduta é, na melhor das hipóteses, um indício de periculosidade. O encarceramento é na verdade custódia policial, por meio da qual são eliminados riscos futuros que o autor do ilícito representa para a segurança e a ordem públicas.<sup>20</sup>

O objetivo da pena de prisão foi educar o criminoso, transformá-lo, fazê-lo proletário. Passar de criminoso socialmente perigoso a proletário socialmente inofensivo, um não proprietário que não oferecesse ameaça à propriedade.

Vê-se, em suma, que a teoria da pena moderna é a história de sua justificação, em especial de como a pena justa (meramente retributiva) passa a pena útil (com finalidades preventivas). Com a crise do chamado Estado de Bem-estar e do modelo penal fundado no paradigma de ressocialização, o que se vê é a emergência de modelos justificativos que atribuem à prisão a estrita função de prevenção especial negativa, ou seja, de incapacitação, até então submersa pelos ideais de intimidação geral e correção do delinquente.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> VASCONCELOS. 2009, p. 353.

<sup>20</sup> GUNTHER, Klaus. Crítica da pena II. **Revista direitoGV**. V.3, n. 1 – jan-jul, 2007. p. 140.

<sup>21</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Prisão Cautelar e Prisão como Pena: a Identidade na História\*. **EOS. Revista Jurídica da Faculdade de Direito** – V. I – nº 4. Ano III. p. 79-80.



Assim, a pena não cumpre seu objetivo inicial, pelo contrário, sequer apresenta uma utilidade, é uma pena que não se justifica. Não intenta produzir algum tipo de sofrimento nem mudança. Pretende tão somente reduzir o risco social da criminalidade, neutralizar o criminoso para que não permaneça em uma condição favorável a causar danos.

Essa criminalização da pobreza aparece em perfeita consonância com ação excludente no âmbito da justiça penal, que propõe a exclusão física, a verdadeira eliminação dos, em regra, já excluídos do acesso ao mínimo necessário a uma vida digna e de bens essenciais à vida, especialmente nos países em desenvolvimento.

É indispensável que se encontrem novas penas compatíveis com os novos tempos, mas tão aptas a exercer suas funções quanto as antigas, que, se na época não foram *injustas*, hoje, indiscutivelmente, o são. Nada mais permite que se aceite um arsenal punitivo do museu do século XVIII. Propõe-se, assim, *aperfeiçoar* a pena privativa de liberdade, quando necessária, e *substituí-la*, quando possível e recomendável. Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de *controle social formalizado*. Pouco mais de dois séculos foi suficiente para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas.<sup>22</sup>

Hoje, caminhamos no sentido de buscar penas *alternativas* à prisão, uma vez que a estas recomenda-se a limitação às condenações de longa duração ou a condenados realmente perigosos ou de difícil recuperação. Assim, passa-se a aceitar o conceito de *pena necessária*, de Von Liszt.

A pena justa será somente a pena necessária (Von Liszt) e, não mais, dentro de um retributivismo kantiano superado, a pena compensação do mal pelo mal à luz de um pensamento que não esconde o velho princípio do talião. Ora, o conceito de pena necessária envolve não só a questão do tipo de pena como o modo de sua execução. Assim, dentro de um rol de penas previstas, se uma certa pena apresentar-se como apta aos fins da prevenção e da preparação do infrator para o retorno ao convívio pacífico na comunidade de homens livres, não estará justificada a aplicação de outra pena mais grave, que resulte em maiores ônus para o condenado e para a sociedade. O mesmo se diga em relação à execução da pena. Se o cumprimento da pena em regime de semi-liberdade for suficiente para aqueles fins de prevenção e de reintegração social, o regime fechado será um exagero e um ônus injustificado. Se, entretanto, o delinquente se apresenta como ameaça à paz social e à tranquilidade dos homens livres, o regime fechado em estabelecimento de segurança máxima estará a sua espera.<sup>23</sup>

São numerosos os questionamentos acerca da prisão preventiva, e o seu maior problema é a própria prisão, que só vem para reforçar os valores negativos do

<sup>22</sup> BITENCOURT. 2009, p. 107.

<sup>23</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios que regem a aplicação da pena**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo1.htm>. Acesso em: 09/11/2012.

e sobre o aprisionado. Assim, busca-se limitá-la às situações de flagrante necessidade. Manter a prisão para as condenações de curta duração não traz nenhum benefício senão a inserção e permanência do preso naquilo que o senso comum chama de “escola do crime”.

“Os chamados *substitutivos penais* constituem alternativas mais ou menos eficazes na tentativa de *desprisonalizar*, além de outras medidas igualmente *humanizadoras* dessa *forma arcaica de controle social*, que é o Direito Penal.”<sup>24</sup>

## 2.2. Finalidade cautelar no processo penal

O processo penal brasileiro padece de conceitos e institutos próprios. A consagração de uma Teoria Geral do Processo, nas lições de Carnelutti, em tese aplicável tanto para o Processo Civil como para o Processo Penal já não satisfaz as necessidades deste.

Nessa linha, no Brasil, entre os pioneiros críticos está TUCCI, que principia o desvelamento do fracasso da Teoria Geral do Processo a partir da desconstrução do conceito de *lide* (e a sua consequente irrelevância) para o processo penal, passando pela demonstração da necessidade de se conceber o conceito de *jurisdição penal* (para além das categorias de jurisdição voluntária e litigiosa) e o próprio repensar a ação (ação judiciária e ação da parte).<sup>25</sup>

Como ensina Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, oferecendo uma lúcida crítica dessa teoria unitária, “teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais”.<sup>26</sup> Assim, o processo civil seria o lugar comum, tudo seria pensado a partir dele, viciando os demais “processos” com institutos próprios do processo civil, conduzindo a um “engessamento do processo penal nas estruturas do processo civil”<sup>27</sup>.

A situação fica ainda mais complicada quando a doutrina parece alinhar-se no sentido de transportar os conceitos cautelares do processo civil para o processo penal, utilizando-se de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para as medidas cautelares.

Para Aury Lopes Junior:

[...] constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni*

<sup>24</sup> BITENCOURT. 2009, p. 108.

<sup>25</sup> LOPES JUNIOR. **Direito processual penal...**, p. 28-29.

<sup>26</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989. p. 119.

<sup>27</sup> LOPES JUNIOR. *Op. cit.*, p. 29.

*iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a ‘fumaça do bom direito’? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!<sup>28</sup>

Deve-se observar, ao transportar a teoria geral do procedimento cautelar para o processo penal, que o objeto da pretensão aqui é outro: direito à liberdade, constitucionalmente garantido, gerador de direitos subjetivos individuais que devem nortear o processo.

Segundo Lopes Jr., “as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo.”<sup>29</sup>

Defende-se seu caráter instrumental, com o objetivo de garantir o desenrolar da persecução penal e a eficácia do *ius puniendi*. “A medida cautelar tutela o processo e não o direito material discutido neste processo. O direito material é objeto do processo de conhecimento.”<sup>30</sup> Assim, não há dúvidas de que a medida cautelar tem o escopo de tutelar o fim pretendido pelo processo de conhecimento, qual seja, a solução do caso penal.

Nesse caso, busca-se, sem dúvida, a garantia do procedimento na denominada cautela instrumental, perfeitamente cabível no processo penal e compatível com a finalidade acessória da cautelar, mas entendemos como inadmissível a cautelar no processo penal para garantir a aplicação da sanção penal, ou que seja, em outras palavras, concebida como garantia da execução da prestação jurisdicional (cautelar final). A cautelar, no processo penal, para que não haja risco de ser aplicada como antecipação da pena, deve esgotar-se na própria sentença, subordinando a ela, sentença, sua finalidade sem antecipá-la ou ultrapassá-la.<sup>31</sup>

É inaceitável supor que a lei possa “proteger” com uma medida cautelar de natureza pessoal a *pretensão* formulada pela acusação, quando o objeto dessa medida é um bem indisponível por excelência – no caso a liberdade, sem antes existir um juízo de cognição dialético aprofundado.

“Logo, a medida cautelar deve assegurar o direito à obtenção da prestação jurisdicional de forma justa, legal e legítima, e não o eventual resultado condenatório, o que seria forma de antecipação da pena.”<sup>32</sup>

Hoje, o processo penal não se propõe única e exclusivamente à aplicação do direito objetivo, o que justifica a presença física do acusado na persecução para a garantia da execução da sentença. Pelo contrário, o acusado deixa de ser objeto de

<sup>28</sup> LOPES JUNIOR. **O novo regime jurídico...**, p. 14.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>30</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 723.

<sup>31</sup> KATO, Maria Ignez Lanzelloti Baldez. **A (Des)Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 88.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 88-89.

investigação e passa a ser sujeito de direitos, que lhe garantirão um provimento jurisdicional justo, humano e legítimo.

O código de processo penal, em oposição ao que estabelece o processo civil, não admite a existência de um processo cautelar distinto da ação penal de conhecimento. As ações processuais penais são de conhecimento ou execução, inexistindo um processo penal cautelar específico, sendo certo que apenas as medidas assecuratórias (medidas cautelares de natureza real) são passíveis de procedimentos autônomos, consideradas pelo ordenamento processual como medidas incidentais. Assim, há de se falar em medidas cautelares no processo penal, e não processo cautelar.

### 2.3. Inexistência de um poder geral de cautela

O sistema cautelar penal brasileiro era, quantitativamente, bastante precário. Limitava-se à prisão cautelar ou à liberdade provisória. Assim, muitos juízes, ao revogarem a prisão preventiva, impunham certas “condições” ao acusado, como comparecimento periódico em juízo para informar viagens e atividades laborais, retenção do passaporte, restrição no direito de locomoção, entre outras, muitas vezes invocando o poder geral de cautela conferido ao magistrado pelo Código de Processo Civil.

No processo civil é confiada ao juiz a autonomia de decretar a medida assecuratória que acreditar mais adequada e suficiente a fim de evitar o dano que derivaria do atraso do procedimento principal. Significa dizer que o magistrado tem amplo poder de se utilizar de medidas cautelares, mesmo aquelas não previstas no direito positivo, para efetivar a tutela cautelar; tanto é assim que além da tutela antecipada, o ordenamento prevê um rol de medidas cautelares nominadas e a aceitação de medidas inominadas. A isso se dá o nome de poder geral de cautela, consagrado no artigo 798 do CPC.

No processo penal, entretanto, isso não pode ser admitido. Não existem medidas cautelares inominadas e muito menos pode o juiz criminal aplicar uma medida que achar mais adequada, não sendo dotado de um poder geral de cautela. Aqui, a forma é a garantia. Não há como se conceber poderes amplos ao magistrado, já que no âmbito criminal todo poder é estritamente vinculado à forma legal e aos limites impostos em lei. Por ser limitador do poder punitivo estatal, o

processo penal só se legitima em razão do estrito cumprimento da lei e do respeito às regras do devido processo legal.

A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para compreensão do tema o conceito de *fattispecie giuridica processuale*, isto é, o conceito de *tipicidade processual* e de *tipo processual*, pois *forma é garantia*. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil.<sup>33</sup>

As medidas cautelares no âmbito criminal implicam restrições drásticas nos direitos fundamentais do imputado, sendo assim não há a menor possibilidade de se tolerar alguma lesão a esses direitos por analogia com o processo civil, muito menos oriunda de um poder geral de cautela, sem qualquer observância do princípio da legalidade. Toda medida cautelar somente poderá ser aplicada quando prevista em lei e se presentes os requisitos legais no caso concreto.

A lei 12.403 de 04 de maio de 2011 instituiu um modelo “polimorfo”, ampliando o rol e elencando outras medidas alternativas à prisão cautelar e liberdade provisória das quais poderá o juiz utilizar, todas elas previstas no artigo 319 do CPP<sup>34</sup>.

Esse o rol é taxativo. Qualquer lesão a direito fundamental fora desses limites é ilegal. O juiz está adstrito a elas, não podendo criar outras medidas além destas que estão previstas no ordenamento.

Apesar de não admitido no processo penal conforme exposto acima, muitos juízes e tribunais fazem uso do poder geral de cautela no âmbito prático em nome de uma *eficácia do processo penal* e da *garantia do exercício da jurisdição*.

<sup>33</sup> LOPES JUNIOR. **O novo regime jurídico...**, p.17.

<sup>34</sup> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

PROCESSO PENAL. PODER GERAL DE CAUTELA. RESTRIÇÃO DE ACESSO A REPARTIÇÃO PÚBLICA. NECESSIDADE NÃO VERIFICADA. DENEGADO O RECURSO. 1. ***Cabível é o amplo poder geral de cautela do juiz que, mesmo ausente expressa previsão legal, poderá sempre agir dentro dos limites do razoável e necessário para garantir a utilidade do processo penal e assim prestar jurisdição.*** 2. ***É de se admitir, especialmente, a criação de formas de restrição alternativas à prisão, como mal menor àquele que riscos causa ao processo ou à sociedade.*** 3. Não se revela necessária, porém, a grave medida de restrição de acesso ao serviço médico-pericial, por segurada do INSS que em única ocasião teria ameaçado e injuriado ao médico que a atendeu. 4. Não demonstrada a reiteração e podendo os servidores da previdência adequarem-se em segurança para novas perícias a que seja convocada a ré, desnecessária se torna a cautelar pleiteada. 5. Denegado o recurso. (BRASIL. TRF4 – Apelação Criminal 2970 RS 2006.71.17.002970-6, Relator: NÉFI CORDEIRO. Data de Julgamento: 06/03/2007, SÉTIMA TURMA. Data de Publicação: D.E. 14/03/2007) (grifos não constam no original).

\*\*\*

I - PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. II - PEDIDO DE VIAGEM. APREENSÃO DE PASSAPORTE. PODER GERAL DE CAUTELA. I - A apreensão de passaporte de acusado em processo penal encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro. Há possibilidade de que o paciente, capitão da marinha mercante e cidadão de país que não possui tratado de extradição com o Brasil, venha a furtar-se à aplicação da lei penal. Justificada a apreensão do passaporte. II - Ordem denegada. (BRASIL. TRF2 - Habeas Corpus 201002010179629 RJ 2010.02.01.017962-9, Relator: Desembargador Federal ABEL GOMES, Data de Julgamento: 16/02/2011, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data: 25/02/2011 - Página: 23/24)

\*\*\*

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. ARTIGO 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, C/C ARTIGO 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEFERIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS. POSSIBILIDADE. PRÁTICA, EM TESE, DO CRIME DE ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. DENÚNCIA RECEBIDA. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ***A aplicação de medidas cautelares atípicas no âmbito do Processo Penal é viável com base no poder geral de cautela do magistrado previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 3º, do Código de Processo Penal, bem como pelos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.*** A existência de procedimento de Justificação Administrativa em trâmite afasta o periculum in mora necessário para suspensão cautelar do benefício previdenciário, já que o INSS concluindo pela existência de irregularidade na concessão do benefício, poderá suspendê-lo ou cancelá-lo administrativamente, sendo despropositado aguardar o trânsito em julgado da Ação Penal. O postulado da proporcionalidade também torna inviável o deferimento da medida, haja visto que a suspensão cautelar importa em gravame despropositado ou maior do que o necessário para a denunciada, a qual terá maiores possibilidades de defesa no procedimento administrativo referido. (BRASIL. TRF4 - Apelação Criminal 20201 RS 2009.04.00.020201-3, Relator: LUIZ FERNANDO WOVK PENTEADO, Data de Julgamento: 13/01/2010, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 20/01/2010) (grifos não constam no original)

#### 2.4. Características das cautelares processuais penais

As características das medidas cautelares do processo penal muito se coadunam com as que emanam do processo civil, e são indicadas quase unanimemente pela doutrina, como o faz Paulo Rangel, Aury Lopes Júnior, Eugênio Pacelli de Oliveira, João Gualberto Garcez Ramos, entre outros.

As medidas cautelares terão caráter *acessório*, ou seja, sempre encontrarão vínculo com o procedimento principal.

É de se frisar que a acessorialidade ou dependência da medida cautelar ao processo principal, não elide a possibilidade de existir o procedimento cautelar sem o futuro processo, uma vez que, *v.g.*, pode ocorrer a decretação da prisão provisória ou uma busca e apreensão em uma investigação, e não se dar a instauração do processo, por se verificar, posteriormente, que a hipótese seria de arquivamento.<sup>35</sup>

Há uma estreita vinculação da medida cautelar ao resultado da medida principal – quando este for prolatado, aquela deixará de existir. “A medida cautelar segue a sorte da medida principal, dela sendo dependente, pois, na medida em que há o resultado do processo principal, a medida cautelar perde sua eficácia.”<sup>36</sup>

Lima ainda faz referência a Galeno Lacerda, ao elucidar a questão no processo civil:

[...] entre a ação cautelar e a principal, existe um vínculo lógico de continência, pois a situação de conflito (lide parcial), que impõe a necessidade de cautela, de modo a dispensarem a existência da ação principal futura não retira da ação cautelar dependência lógica e potencial (nem sempre ontológica) com esta última que ficou *in fieri*.<sup>37</sup>

A segunda característica é a *preventividade*. Existe para prevenir eventuais danos até que a persecução penal não chegue ao fim. A medida só deve se dar com o intuito de evitar danos futuros com o prolongamento do processo no tempo.

Outra característica das medidas cautelares é a *instrumentalidade hipotética*. Para que a medida cautelar incida deve haver, pelo menos hipoteticamente, probabilidade da existência do direito ou da pretensão do autor, não bastando mera possibilidade de êxito. No entanto, a medida cautelar pode existir sem que ao final do processo o beneficiário tenha o seu direito reconhecido, vez que ele era tido como viável ou provável, mas não certo.

<sup>35</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 5a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 543.

<sup>36</sup> RANGEL. 2011, p. 725.

<sup>37</sup> LIMA. *Loc. cit.*

Dá-se porque a medida cautelar serve de instrumento, de modo e de meio para se atingir a medida principal. É como se o direito material discutido no processo fosse provável ao autor e o instrumento para se atingir este possível direito fosse exatamente a medida cautelar. Por isto dizemos que a medida cautelar serve, hipoteticamente, de instrumento para se atingir a medida principal.<sup>38</sup>

A quarta característica é a *provisoriedade*. Sua manutenção ou não se justifica enquanto perdurarem os motivos que ensejaram a sua urgente decretação. Portanto, deixando esses de existir ou sobrevindo uma decisão no processo principal, deve a medida deixar de vigorar.

A medida cautelar dura enquanto não for preferida a medida principal e enquanto os requisitos que a autorizaram estiverem presentes. A medida cautelar tem duração limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a instauração do procedimento cautelar e a promulgação do procedimento definitivo.<sup>39</sup>

A quinta característica é a *revogabilidade*. Por ser produto de uma cognição sumária, a medida cautelar é revogável a qualquer tempo até o provimento final do processo principal, quando não houver mais razão para que esta subsista ou novas circunstâncias ocorram. É este o entendimento do artigo 316 do Código de Processo Penal.

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Uma sexta característica das medidas cautelares é a *não definitividade*. Assim como no processo civil, a decisão que circunda as medidas cautelares no processo penal não fará coisa julgada material, só se consubstanciando na imutabilidade formal.

Outra característica é a *referibilidade*, que se trata da relação existente entre a situação de perigo a proteção jurídica cautelar. Segundo Ramos:

A ideia de **referibilidade**, no sentido processual penal, está, pois, ainda mais ligada à ideia de **instrumentalidade hipotética** do que no processo civil. E isso não se dá por diferença ontológica, mas por mera vedação constitucional, que proíbe que alguém seja considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse princípio reza que a consideração deve se seguir a um devido processo legal, no qual o procedimento e os rituais tem importância vital. Assim, pode-se afirmar que a tutela cautelar do processo penal é referível. Contudo, explica-se a referibilidade penal, porém e mais precisamente, como o liame existente entre a tutela e o caso penal que é o objeto do processo penal de conhecimento [...] A situação de perigo e a tutela correspondente se conectam **exclusivamente** ao caso penal e aos seus aspectos mais diretos, como a situação da vítima, das testemunhas, dos elementos sensíveis do

<sup>38</sup> RANGEL. 2011, p. 725.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 726.



fato delituoso, etc. [...] Se transcende o caso penal e suas ramificações mais diretas, não há que se falar em tutela cautelar.<sup>40</sup>

E por fim, mas não menos importante, vem a característica da *jurisdicionalidade*. “O poder cautelar é destinado exclusivamente ao juiz, e, desta jurisdicionalidade, resulta a chamada reserva de jurisdição.”<sup>41</sup> Assim, cabe ao juiz o controle jurisdicional da medida imposta, mesmo que exercido *a posteriori*, como nos casos de flagrante delito, prisões em estado de sítio e de defesa.

Excepcionalmente, determinadas medidas podem ser adotadas, em um primeiro momento, por órgão ou pessoa que não a judiciária, tais como a prisão em flagrante e/ou a busca e apreensão em domicílio do indiciado com seu consentimento ou ainda a fiança prestada pela autoridade policial (art. 322 do CPP), mas deverão ser submetidas, *a posteriori*, ao crivo do Judiciário para análise de sua legalidade. Até porque tais medidas, em tese, poderão admitir uma imputação penal e, desde já, antecipam-se os efeitos de eventual sanção que será aplicada. Não é outra a razão pela qual, uma vez preso durante o curso do processo, o tempo de *prisão temporária* será computado na pena a ser imposta, através da detração penal (art. 42 do CP).<sup>42</sup>

Maria Ignez Lanzelloti Baldez Kato destaca ainda outra característica fundamental para a preservação do princípio da proporcionalidade, que é a presença da *homogeneidade*. Assim, a medida cautelar a ser aplicada processualmente não pode ser mais danosa ou gravosa que o provimento final a ser sentenciado no fim do processo.

## 2.5. Critérios cautelares

João Gualberto Garcez Ramos estabelece critérios para identificar como se caracterizam as tutelas cautelares no plano fático. Mas, antes disso, cita Piero Calamandrei e suas conclusões acerca do que *não pode ser* uma medida de cautela, a partir de suas delimitações negativas – ou seja, ela não pode ser nem definitiva, nem principal, por exemplo.

Feitas essas considerações, passa a estabelecer critérios do que são as medidas cautelares: *urgência, sumariedade formal, sumariedade material, aparência, temporariedade, incapacidade de gerar coisa formada material e referibilidade*.

<sup>40</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 94.

<sup>41</sup> LIMA. 2010, p. 545.

<sup>42</sup> RANGEL. 2011, p. 725.

### 2.5.1. Urgência

A tutela cautelar se fará presente sempre houver uma situação de perigo concreto e iminente a um direito. Para o autor, esse perigo deve ser concreto – o perigo abstrato não interessa ao regime cautelar, vez que há uma presunção legal de perigo *iuris et de jure*, ou seja, não é um perigo real, verdadeiro, mas sim “criado” por lei.

É preciso deixar claro que a nota de urgência, conquanto defina a tutela cautelar e seja indispensável para sua caracterização, não é suficiente, entretanto, para essa tarefa conceptual. É certo que há outras formas de tutela urgente que, nem por isso, têm natureza cautelar. LUIZ GUILHERME MARINONI dá os exemplos da tutela sumária antecipatória e do mandado de segurança.<sup>43</sup>

### 2.5.2. Sumariedade formal

Explica-se pela necessidade latente de tutelar um direito prestes a sofrer um dano. Daí porque um procedimento sumário, para evitar que todo um trâmite lento e burocrático gere danos irremediáveis. “De fato, o procedimento construído para a inserção do provimento cautelar é sempre sumário, o que atende a um imperativo de lógica pragmática.”<sup>44</sup>

O autor faz uma advertência de que a sumariedade formal não é atributo exclusivo das medidas cautelares. Poderá haver outros procedimentos que seguirão o rito sumário, e nem por isso se revestem de cautelar.

Ainda, afirma que a sumariedade formal não se esgota na redução de prazos, informalidade e oralidade. Sumariedade formal é, de fato, um agir mais célere. Uma consequência processual desse agir é a redução, postergação ou até mesmo a exclusão da defesa do réu.

O procedimento será tanto mais sumário no sentido formal quanto menos garantista processualmente. O procedimento mais célere, mas inteiramente garantidor de ampla defesa não é o sumário no sentido formal; na realidade, não passa ele de um procedimento ordinário sumarizado.<sup>45</sup>

### 2.5.3. Sumariedade material

---

<sup>43</sup> RAMOS. 1998, p. 75.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 76-77.

A sumariedade material não implica redução do direito de defesa. Tanto a sumariedade formal como a material pretendem uma agilização do procedimento, mas a material está relacionada com as atividades instrutória e decisória por parte do magistrado.

Significa dizer que há uma redução no que diz respeito à amplitude de conhecimento do juiz, não sendo essa plena. Traz ao processo apenas uma parte do conflito, que em virtude da urgência, precisa de uma tutela imediata – só se permite conhecer uma parte do todo; mas há também um corte no nível de intensidade com a qual poderia o juiz conhecer a causa, ou seja, o grau de cognição do objeto. Aqui, a cognição é sumária, menos aprofundada, diferentemente da cognição exauriente.

É apenas através da soma da sumarização do procedimento, concretizada pela atenuação ou eliminação do direito de defesa, do réu (sumariedade formal) com a sumarização da atividade instrutória e atividade decisória (sumariedade material) que a verdadeira tutela cautelar pode se efetivar. A correta visão da cognição e dos níveis que pode alcançar no sentido da sua completude vertical e horizontal possibilitou o surgimento da denominada “tutela sumária antecipatória”, que adiante será estudada em sua realização no processo penal brasileiro.<sup>46</sup>

#### 2.5.4. Aparência

A medida cautelar não prescinde da certeza para se realizar, basta a probabilidade de que determinado fato aconteça. Assim, contenta-se com a aparência da necessidade em razão da urgência, analisando o quesito de aparência da existência do direito. É em virtude do perigo na demora que o juiz analisa superficialmente o caso posto, sem que haja uma cognição exauriente sobre o fato.

Se a situação superar a mera aparência, ou seja, se as provas apresentadas forem tão clarividentes que não necessitará o juiz da fase cognitiva do processo, então o provimento a ser concedido não se revestirá de natureza cautelar. Aqui se estaria diante de uma antecipação de tutela.

#### 2.5.5. Temporariedade

Entende-se por temporariedade a característica de que a tutela cautelar é deferida para remediar uma situação de perigo – seja ao direito material que o processo visa garantir, seja ao próprio processo. Dessa maneira, nasce

---

<sup>46</sup> RAMOS. 1998, p. 78-79.

para durar um certo tempo, que é o tempo de tramitação do processo. Depois de cumprir essa função, é substituída por uma medida definitiva.<sup>47</sup>

Este critério vai ser melhor detalhado no próximo capítulo, ao tratar dos princípios que regem as medidas cautelares. Mas, já antecipando, a providência cautelar tutela uma determinada situação fática. Cessado o evento que anteriormente a legitimou – desaparecendo o *fumus comissi delicti* e/ou o *periculum in libertatis*, deve a cautelaridade também cessar, na medida em que a presença concomitante do requisito (cometimento do delito) e do fundamento (perigo de permanecer em liberdade) são fundamentais para a manutenção da medida cautelar. Faltando um dos dois, é imperiosa a revogação.

Ou seja, elas têm um prazo de duração – hão de vigorar enquanto não cessar o evento que lhes deram causa. O critério da temporalidade é um dos mais importantes na medida em que garante que a medida cautelar não seja uma verdadeira antecipação do provimento definitivo, uma antecipação de pena.

#### 2.5.6. Incapacidade de gerar coisa julgada material

A decisão que trata das medidas cautelares não gera coisa julgada material por não tratar a tutela cautelar da totalidade do processo. Não é objeto da medida cautelar o processo como um todo, a existência fática do direito alegado. Diante do caráter variável e temporal, fica excluída a característica essencial da coisa julgada material: a duração da eficácia do provimento.

Entretanto, outra razão pela qual a tutela cautelar não faz coisa julgada material é possuir um conteúdo próprio, diferente do principal. É certo que o objeto cautelar será sempre a segurança do processo principal, mas a finalidade é diversa da do processo de conhecimento. Assim, é certo que qualquer erro eventualmente cometido no procedimento cautelar restará esclarecido no processo principal – mais um motivo para que não se consolide materialmente a decisão.

“O fato é que uma das características da tutela cautelar mais é sua incapacidade de gerar a coisa julgada material, no sentido de que não define, no plano cognitivo, o caso a ser julgado no processo penal de conhecimento.”<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> RAMOS. 1998, p. 80.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 83.

Aqui, o juiz não afirma a existência ou não da pretensão, apenas diz que há fortes indícios de que ela exista, há uma aparência (*fumus bonis iuris*, ou, no processo penal, *fumus comissi delicti*).

### 2.5.7. Referibilidade

A *referibilidade* dá uma ideia de ligação estrita entre a situação de perigo e a proteção jurídica que se pede. Há *referibilidade* no sentido de que a tutela cautelar se refere, *exclusivamente*, à situação de perigo que se pretende remediar, não indo jamais além, para alcançar e dizer algo sobre a existência ou inexistência do direito que fundamentou a ação de conhecimento.<sup>49</sup>

A proteção cautelar refere-se, exclusivamente, à situação de perigo que a ensejou. Se inexistir referibilidade, se a decisão vai além, negando ou conhecendo o direito que está em perigo, tratar-se-á de uma decisão satisfativa, e não com objetivos cautelares. De fato, a medida cautelar deve sempre se referir a um perigo iminente, e dele não se afasta.

Contudo, ainda que o autor peça uma medida processual privativa de liberdade do imputado afirmando a existência de um direito à sentença condenatória e apresentando provas irretorquíveis da culpabilidade do imputado, não há a possibilidade do Juiz satisfazer, nesse momento, a pretensão de condenação.<sup>50</sup>

Para Ramos, o critério de referibilidade está ainda mais ligado à ideia de instrumentalidade hipotética no processo penal que no processo civil por vedação constitucional, que afirma que ninguém será considerado culpado sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, a condenação deve obrigatoriamente preceder-se do devido processo legal, observados os ritos e procedimentos a ele inerentes.

Portanto, afirma-se que a tutela cautelar é sim referível, esta assim vista como o liame existente entre o objeto da ação principal de cognição e o objeto da medida cautelar que se pretende.

A *medida cautelar* penal é referível *também* no sentido de que se liga exclusivamente ao processo de conhecimento no bojo do qual é requerida. A situação de perigo e a tutela correspondente se ligam *exclusivamente* ao caso penal e aos seus aspectos mais diretos, como a situação da vítima, das testemunhas, dos elementos sensíveis do fato criminoso etc... Se transcende o caso penal e suas ramificações mais diretas, não há que se falar em tutela cautelar.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> RAMOS. 1998, p. 84.

<sup>50</sup> *Idem*.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p.85.

### 3. PRINCÍPIOS E REQUISITOS CAUTELARES

#### 3.1. Princípios cautelares

Os princípios que circundam o tema das medidas cautelares no processo penal ganham função primordial pelo ordenamento e pela doutrina, qual seja, a de permitir “a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência.”<sup>52</sup>

Apresentam objetivos bem delimitados dentro da matéria, evitando que se prive inutilmente a liberdade do indivíduo e, nos casos em que possível a privação, esta deva ser não só socialmente necessária mas também suportável. Têm também por função precípua a de fazer incidir a limitação de liberdade somente nos casos que apresentem uma margem rigorosa de indispensabilidade.

Com o advento da Lei 12.403/11, esses referenciais não perdem seu foco, e em estrita observância do postulado constitucional da presunção de inocência, “impõe-se a previsão de figuras cautelares menos lesivas aos direitos fundamentais mas que se manifestam como, igualmente, persecutórias da intencionalidade do processo.”<sup>53</sup> O ordenamento então procura solucionar o árdua conflito de conciliar cautela e garantia, e por intermédio da discricionariedade do juiz buscar a correlação entre a previsão normativa e a aplicabilidade fática.

##### 3.1.1. Princípio da necessidade

Nitidamente tem a ver com a imprescindibilidade da medida. Sendo a prisão cautelar um mal, deve ela se restringir apenas aos casos em que sua decretação se verifica como estritamente necessária.

Observa-se que os efeitos do princípio da necessidade se irradiam não só para o **interior** do procedimento cautelar propriamente dito – que mais corretamente deve ser nominado **incidente cautelar** – como, também, para o processo de conhecimento, isto em função de que, operante o princípio, é possível detectar se, em um caso posto, a medida pode ser inicialmente

---

<sup>52</sup> LOPES JUNIOR. **O novo regime...**, p. 19.

<sup>53</sup> CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá, 1997. p. 85.

necessária, deixando de sê-lo após, o que, em regra, impõe a sua extinção.<sup>54</sup>

Assim, o referido postulado se reveste não só de uma função operante no momento da decretação da limitação, mas também depois de decretada a constrição, e assim mesmo durante sua execução. Afirma-se que é um princípio dotado de operabilidade antecedente, subsequente e até mesmo concorrente à medida cautelar, sendo referência para a sua decretação, manutenção ou revogação, e posteriormente só será decretada novamente quando as circunstâncias demonstrarem a sua imprescindibilidade.

A necessidade deverá orientar o regime cautelar. Se imperiosa a sua decretação, depois de analisados todos os requisitos, assim deverá fazer o juiz. No entanto, se durante a execução cautelar verificar a superveniência de fatores que deslegitimem a manutenção da medida, o juiz deverá substituí-la por uma ou mais medidas cautelares diversas, desde que adequadas à proteção do fator que anteriormente lhe deu causa, ou até mesmo restituir a liberdade do acusado sem nenhuma condição.

É o referencial mais sólido para a imposição ou não da medida, assinalando a evidente necessidade desta, ou mais que isso, a sua imprescindibilidade. Embora ninguém o negasse, antes da lei 12.403/2011 o direito positivo não fazia referência expressa ao princípio da necessidade. Com o advento da lei, ele passa a ser postulado no artigo 282, inciso I:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

A fim de que se estabeleça um equilíbrio entre o interesse social e a liberdade individual é necessário que se os compatibilize, lançando-se mão da cautela extraordinária quando as situações de fato demonstrarem que a liberdade do indiciado/acusado é nociva aos interesses sociais, razão pela qual o interesse mais amplo deverá prevalecer sobre o direito individual, de molde a estabelecer limites para este.<sup>55</sup>

Em decorrência do princípio da necessidade é que o ordenamento taxativamente explicita os pressupostos cautelares através dos quais a tutela cautelar será viável.

Assim, entre nós, poderá a custódia preventiva ter lugar quando, presentes os pressupostos da prova da materialidade do delito e de suficientes

<sup>54</sup> CÂMARA. 1997, p. 90.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 90-91.

indícios de autoria (aqui os chamados pressupostos probatórios), sua decretação se imponha por motivos atinentes à ordem pública, à ordem econômica, à instrução probatória ou à aplicação da lei penal (esses os pressupostos cautelares), em consonância com o previsto no art. 312 do Código de Processo Penal.<sup>56</sup>

E, ainda que presentes os pressupostos e atendidos os motivos, não se verificando no caso concreto que a constrição venha a facilitar a produção de provas ou garantir que o acusado não se furtará à aplicação da lei, não se pode admitir lhe seja imposta tal medida.

Quando presente a *necessidade* da cautelar, tendo em vista eventuais riscos ao processo, o primeiro passo do juiz no exame das medidas cabíveis será na direção da *adequação* da providência, em vista da *concreta* situação pessoal do agente, bem como da *gravidade* e das *circunstâncias* do fato.<sup>57</sup>

Além do critério da necessidade, as medidas cautelares devem observar também os requisitos de adequação e proporcionalidade, pois de acordo com Lauria Tucci e Delmanto Júnior:

[...] devem guardar **adequação e proporcionalidade**, em face das finalidades perseguidas, do crime objeto da persecução, e da sanção a ser imposta, de maneira a concretizarem constrições idôneas à salvaguarda dos interesses em conflito no processo penal – *ius puniendi* e *ius libertatis*. Além da adequação, a proporcionalidade é um dos mais relevantes para a apreciação da legalidade de medidas cautelares processuais penais que restringem direitos. Neste sentido, a concessão de medidas cautelares processuais penais deve ser proporcional ao fato ensejador da medida, sua gravidade, alcance e intensidade [...] Neste sentido, o juiz deve sempre indagar se outra medida cautelar, menos grave, seria suficiente para a proteção do processo e de seu eventual resultado. Ou se é a mais adequada. Havendo outra medida, que importe menor restrição, suficiente, é esta que deve prevalecer.<sup>58</sup>

### 3.1.2. Princípio da proporcionalidade

Considerado como princípio basilar do sistema cautelar, o princípio da proporcionalidade estabelece uma relação entre a medida cautelar adotada e a pena abstratamente projetada para o fim da instrução processual.

O Princípio da Proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica

<sup>56</sup> CÂMARA. 1997, p. 91

<sup>57</sup> OLIVEIRA. 2011, p. 14.

<sup>58</sup> TUCCI. Rogério Lauria. DELMANTO JUNIOR, Roberto, *et alii*. Sistematização das Medidas Cautelares Processuais Penais, in **Revista do Advogado**. São Paulo: AMSP, nº 78, setembro de 2004 (em homenagem ao Professor Sérgio de Moraes Pitombo). p. 118.



e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de flagrante violação à presunção de inocência.<sup>59</sup>

Aury Lopes Junior, citando Fábio Corrêa Souza de Oliveira, afirma que apesar de razoabilidade e proporcionalidade terem origens diferentes, a primeira nascida na escola norte-americana e a segunda na alemã, guardam uma certa fungibilidade entre si, classificando o princípio da razoabilidade em interna e externa. A primeira diz respeito à coerência do próprio ato, sua lógica interna; a segunda exige uma compatibilidade com a Constituição Federal. Ainda, Souza de Oliveira divide em subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da necessidade já foi abordado no item anterior, e será o princípio da adequação analisado no item subsequente.

O postulado da proporcionalidade exige para realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional em sentido estrito se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.<sup>60</sup>

A proporcionalidade em sentido estrito conduz o juiz à ponderação dos elementos em jogo – de um lado, o perigo de colocar dentro de um cárcere, sem processo e sem sentença, alguém que é presumidamente inocente e, de outro lado, a necessidade da aplicação da medida cautelar.

Vê-se nitidamente que, por força deste princípio, o acusado (ou mesmo o ainda indiciado) somente pode permanecer no cárcere se houver previsão razoável que ele seja condenado. E mais: somente se justifica a permanência na prisão se a projeção demonstra que, prolatada contra ele decisão condenatória, será obrigado a sujeitar-se preso à execução da pena.<sup>61</sup>

Pela consequência lógica do disposto acima, verificando o magistrado, diante das provas provisórias e circunstâncias do delito, a possibilidade de o acusado ser absolvido ao final do processo, ou a condenação ser fixada no regime aberto ou até mesmo semiaberto, ou ser beneficiado com o *sursis*, não lhe é possível determinar que o acusado aguarde o julgamento preso.

O ordenamento italiano, já há muito tempo, no artigo 274, “b” determina que as medidas cautelares não serão aplicadas, ainda que o acusado se ponha em fuga

<sup>59</sup> LOPES JUNIOR. *O novo regime...*, p. 31-32.

<sup>60</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 161.

<sup>61</sup> CÂMARA. 1997, p. 96.

ou exista fortes indícios que o fará, quando o juiz antevê que o apenamento futuro não excederá dois anos.<sup>62</sup>

Necessário se faz também dar enfoque ao tema à luz das teorias da pena e de sua execução. A interdependência é nítida: o juiz, ao decretar a medida de cautela projeta-se no futuro analisando duas etapas fundamentais – a primeira é a possibilidade de condenação e a segunda, que somente se desenvolve se positiva a primeira etapa, é a observância de qual pena e será imposta ao condenado e a sua forma de execução. O que acaba conduzindo a um silogismo: se alguém está preso – e somente deveria estar preso alguém que pode ser condenado – aquele que está preso vai ser condenado. A possibilidade da absolvição não encontra espaço nesse tema.

Assim, parte da doutrina que tece fortes críticas às medidas cautelares afirma estas são, em última análise, uma própria execução antecipada da pena. Antevista a condenação a uma pena privativa de liberdade, impõe-se a custódia *ante judicium*, e assim ela vai se protraindo no tempo, aguardando ao fim uma condenação que até poderia ser prevista, mas que muitas vezes fica aquém do que imaginava o magistrado. Verifica-se, portanto, muitas vezes cobrar mais do acusado do que aquilo que lhe seria ao final exigido. Deve-se exigir do aplicador do direito a consciência de não submeter antecipadamente o acusado a uma obrigação que ao final pode vir a não se consolidar.

Ainda, outro limite que decorre do princípio da proporcionalidade é o da vedação do uso da pena máxima abstratamente cominada para o cabimento ou não da medida de cautela.

Deve ele corresponder ao **apenamento projetado**, exigindo-se do julgador que, no exercício da discricionariedade cognitiva, elabore perspectiva a propósito da forma quantitativa que se manifestará no ato decisório final. Poder-se-ia dizer que o Magistrado deve, com base nos dados concretos que lhe são oferecidos – inclusive referentes às condições pessoais do agente e que influirão no processo de fixação do preceito sancionatório – atuar de forma a permitir que se antecipem os efeitos da prestação jurisdicional somente nos exatos moldes em que se demonstrem previsíveis.<sup>63</sup>

Antes de maio de 2011, a inexistência de um elenco de medidas alternativas à prisão dificultava muito a incidência do corolário da proporcionalidade, eis que ao

<sup>62</sup> “Art. 274: Le misure cautelari sono disposte: b: quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione.”

<sup>63</sup> CÂMARA. 1997, p. 102.

magistrado só havia duas hipóteses: ou decretar a prisão preventiva do acusado ou colocá-lo em liberdade provisória.

Hoje, com um amplo rol de medidas a disposição do juiz, cabe a ele optar por aquela mais justa, adequada e proporcional às circunstâncias do crime.

Em suma, diante da polimorfologia do sistema cautelar e das diversas medidas alternativas previstas no art. 319, deverá o juiz agir com muita ponderação, lançando mão de medidas cautelares isoladas ou cumulativas e reservando a prisão preventiva como (verdadeira) última ferramenta do sistema.<sup>64</sup>

### 3.1.3. Princípio da adequação

A adequação pretende buscar no elenco cautelar qual a espécie mais apta a fazer frente aos motivos e finalidades cautelares no caso concreto. Assim, a adequação só se verifica quando a medida adotada mostrar-se capaz e suficiente para fazer cessar o perigo que incitou a decretação da medida de coação.

“Logo, se quaisquer das medidas previstas no art. 319 do CPP se apresentar igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como *ultima ratio* do sistema.”<sup>65</sup>

É nesse sentido que dispõe o artigo 282, inciso II, do CPP:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

[...]

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

O juiz deverá ponderar, no caso concreto, as circunstâncias do delito, a sua gravidade, bem como a situação pessoal do acusado em razão do rol de medidas que dispõe, optando por aquela ou aquelas que melhor satisfazem a necessidade fática, deixando a prisão preventiva para situações extremas. É uma regra voltada ao julgamento feito pelo juiz.

Aury Lopes Júnior explica que “condições pessoais do indiciado ou acusado” por ser um termo muito *sui generis*, pode

abrir um perigoso retrocesso ao direito penal de autor, com o desvalor de ‘antecedentes’, por exemplo, para adotar medidas mais graves, como a prisão preventiva. Com certeza, os adeptos do discurso punitivo e resistente

<sup>64</sup> LOPES JUNIOR. *O novo regime...*, p. 32.

<sup>65</sup> *Idem*.

às novas medidas alternativas utilizarão as 'condições pessoais do indiciado' para determinar a prisão preventiva, infelizmente.<sup>66</sup>

Assim como o princípio da proporcionalidade, a adequação visa também alertar o juiz para que sempre relacione a sanção ao final imposta pelo crime em tese praticado com o provimento em sede cautelar, para impedir que o imputado sofra uma “sanção” mais gravosa que aquela que seria aplicada ao final do processo. “É inadmissível submeter alguém a uma prisão cautelar quando a sanção penal aplicada não se constitui em pena privativa de liberdade.”<sup>67</sup> É esse também o entendimento positivado no artigo 283, §1º, do CPP:

Art. 283: [...]

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Deve também o juiz atentar para o não cabimento da prisão cautelar em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, uma vez que, necessariamente, qualquer pena aplicada ao fim do processo seria substituída por restritiva de direitos.

Assim, com aplicação exemplificativa do princípio, ao acusado que se impusesse a medida de cautela para asseguramento da instrução criminal (por, v.g., existirem fundadas razões de que poderá destruir provas) não seria necessário o encarceramento. Desde que as provas a serem produzidas se encontrassem em local distinto do de sua residência poder-se-ia, por exemplo, impor-se-lhe o recolhimento domiciliar. Satisfeitas estariam as exigências processuais de garantia da prova e respeitado com maior eficiência o direito individual do acusado à liberdade.<sup>68</sup>

Por fim, Junior cita BADARÓ,

quando sintetiza que deverá haver uma proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena a ser aplicada. [...] O juiz deverá também verificar a probabilidade de que ao final se tenha que executar uma pena privativa de liberdade. [...] Se a prisão preventiva, ou qualquer outra prisão cautelar, for mais gravosa que a pena que se espera ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e que ela deve preservar.<sup>69</sup>

Significa dizer que o juiz deve sempre levar em consideração a relação existente entre a medida que se quer impor e a sanção ao fim projetada e em tese aplicável, impedindo assim que o imputado seja submetido a uma medida mais gravosa que a pena que eventualmente será decretada ao fim do processo. Não é

<sup>66</sup> LOPES JUNIOR. *O novo regime...*, p. 32-33.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>68</sup> CÂMARA. 1997, p. 93.

<sup>69</sup> BADARÓ *apud* LOPES JUNIOR. *O novo regime...*, p. 33.

aceitável que ao acusado lhe seja imposta uma prisão acautelatória quando, ao fim do processo, sua pena não se consubstanciará em restritiva da liberdade.

#### 3.1.4. Princípio da jurisdicionalidade e motivação

Toda e qualquer medida cautelar somente poderá ser decretada por ordem emanada do juiz e devidamente fundamentada. A prisão em flagrante não é dotada de jurisdicionalidade – pode ser feita por qualquer do povo, é uma precária detenção, uma medida pré-cautelar. Assim, o controle por parte do juiz é feito imediatamente após, quando decide por relaxar o flagrante ou homologá-lo e converter a prisão em preventiva ou conceder a liberdade provisória. Em ambos os casos, através de uma decisão explicitando os motivos de sua convicção, conforme preceitua o artigo 315 do CPP:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

O princípio da jurisdicionalidade apresenta forte relação com o *due process of Law*. O artigo 5º, LIV, da Constituição Federal afirma que ninguém será – ou pelo menos não deverá ser – privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Portanto, para haver qualquer tipo de limitação de liberdade ou patrimônio é necessário preceder um processo – *nulla poena sine iudicio*.

O artigo 283 do CPP é enfático ao afirmar que ninguém irá preso, salvo em flagrante delito ou por ordem emanada e devidamente fundamentada pela autoridade judiciária competente:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Para Lopes Junior,

a rigor, cotejando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da ‘cruel necessidade’. Assim, quando ela cumpre sua função instrumental-cautelar, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade. Mas, infelizmente, a prisão cautelar é um instituto que sofreu uma grave degeneração, que dificilmente será remediada por uma simples mudança legislativa como a presente. O

maior problema é cultural, é a banalização de uma medida que era pra ser excepcional.<sup>70</sup>

### 3.1.5. Princípio do contraditório

Conceber um processo penal completamente dotado de contraditório é ainda uma utopia em diversos ordenamentos, assim como é no brasileiro. Reserva-se à fase preliminar, “pré-processual” um caráter inquisitório, no qual o contraditório é tolhido do acusado.

Em tal fase, não poderia ter reflexos o contraditório das partes, com produção de provas por elas, sob pena de frustrar-se a função estatal no plano investigatório, dificultando-se a descoberta não só dos crimes mas, sobretudo, de sua autoria e, em última análise, frustrado estaria o próprio combate à criminalidade.<sup>71</sup>

No momento cautelar, a situação não seria diferente: abrir espaço para que o acusado tenha ciência dos atos praticados, possa eventualmente contestá-los ou até mesmo se antecipar à execução, acaba por frustrar o próprio fim da medida.

Falar em contraditório em sede de provimento cautelar pode causar certa estranheza, mas ele é perfeitamente possível – quando, é claro, compatível com a medida a ser tomada. É o entendimento trazido pela lei 12.403 de 04 de maio de 2011, incluindo o §3º do artigo 282:

Art. 282: [...]

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Tal contraditório dependerá das circunstâncias do caso concreto, sendo delimitado pela urgência ou risco concreto de ineficácia da medida. Terá difícil aplicação (mas não impossível) nos pedidos de prisão preventiva fundados no risco de fuga, mas nada impede que o juiz decrete a medida e faça o contraditório posterior, como por nós sugerido no início, ou seja, com a condução do réu/suspeito à sua presença para que seja ouvido sobre os motivos do pedido. Após, decidirá pela manutenção ou não da prisão.<sup>72</sup>

Sustenta ainda o autor que o contraditório tem maior espaço nas hipóteses de substituição, cumulação ou revogação de outra medida e decretação da prisão cautelar. Descumprida qualquer das condições impostas pelo art. 319 do CPP, deverá o juiz ouvir o acusado. “É necessário agora, e perfeitamente possível, que o

<sup>70</sup> LOPES JUNIOR. **O novo regime...**, p. 20.

<sup>71</sup> CÂMARA. 1997, p. 52.

<sup>72</sup> LOPES JUNIOR. *Op. cit.*, p. 22.

imputado possa contradizer eventual imputação de descumprimento das condições impostas antes que lhe seja decretada, por exemplo, uma grave prisão preventiva.”<sup>73</sup>

Completa ainda Aury Lopes Junior que a inobservância desta garantia poderá acarretar a nulidade da cumulação ou substituição, sanável pela via do *habeas corpus*.

Luiz Antônio Câmara não nega a possibilidade do contraditório no procedimento cautelar, no entanto, estabelece que este tem lugar após a decretação da medida.

Afirma-se que, em razão dos interesses do Estado no exercício do *jus persecutionis*, manifestando-se imprescindível a tutela cautelar (demonstrando-o os critérios para adoção da medida), e para que não perdesse ela o denominado efeito **surpresa** (às vezes necessário para elucidação de alguns casos) sem que isso implicasse na completa ausência do contraditório no incidente cautelar, seria interessante a adoção do denominado **contraditório deferido**.<sup>74</sup>

Assim, adotada a medida *inaudita altera pars*, o indiciado seria conduzido imediatamente após a sua execução diante do juiz para ser ouvido, podendo até haver dilação probatória acerca da convalidação, revogação ou manutenção da medida.

### 3.1.6. Princípio da provisionalidade

O princípio da provisionalidade está consagrado no artigo 282, §§ 4º e 5º do CPP, incluídos pela lei 12.403/11:

Art. 282: [...]

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

É um princípio básico orientador das medidas cautelares, na medida em que são estas provisionais, situacionais – tutelam uma determinada situação fática. Cessado o evento que anteriormente a legitimou – desaparecendo o *fumus comissi delicti* e/ou o *periculum in libertatis*, deve a cautelaridade também cessar, na medida em que a presença concomitante do requisito (cometimento do delito) e do

<sup>73</sup> LOPES JUNIOR. **O novo regime...**, p. 22.

<sup>74</sup> CÂMARA. 1997, p. 58.

fundamento (perigo de permanecer em liberdade) são fundamentais para a manutenção da medida cautelar. Faltando um dos dois, é imperiosa a revogação.

A inobservância da provisionalidade conduz a uma prisão ilegal por faltar fundamento que a legitime.

Sublinhe-se que a provisionalidade adquire novos contornos com a pluralidade de medidas cautelares agora recepcionadas pelo sistema processual, de modo a permitir uma maior fluidez na lida, por parte do juiz, dessas várias medidas. Está autorizada a substituição de medidas por outras mais brandas ou mais graves, conforme a situação<sup>75</sup> exigir, bem como cumulação ou mesmo revogação, no todo ou em parte.<sup>76</sup>

### 3.1.7. Princípio da provisoriedade

Divergente do princípio apresentado no item anterior, a provisoriedade está ligada ao fator tempo, de modo que toda medida cautelar deveria ser decretada já com seu prazo de duração, deveria ser temporária. “Manifesta-se, assim, na curta duração que deve ter a prisão cautelar, até porque é apenas tutela de uma situação fática (provisionalidade) e não pode assumir contornos de pena antecipada.”<sup>76</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro não estipula qualquer delimitação ou prazo de duração das medidas cautelares – à exceção da prisão temporária, que terá prazo máximo de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco. O fator tempo é indeterminado, podendo durar enquanto ainda acreditar o juiz ou tribunal existir o perigo na liberdade.

Enquanto tramitou o projeto de lei objeto deste trabalho, chegou-se a considerar – no então artigo 315-A – um prazo máximo de duração para a prisão cautelar, que não excederia “180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora.” No entanto, o dispositivo acabou por ser vetado e não foi incorporado ao direito positivo.

A jurisprudência tenta ainda sem sucesso suprir essa lacuna, a partir da soma dos prazos que compõem o procedimento aplicável ao fato, chegando-se a 81 dias de prazo. Se após o decurso desses oitenta e um dias o indiciado continuasse preso e não houvesse já uma resolução do processo, culminaria no excesso de prazo, remediável pela via do *habeas corpus*. Portanto, poderia lhe ser restituída a liberdade e o processo teria seguimento.

<sup>75</sup> LOPES JUNIOR. *O novo regime...*, p. 24.

<sup>76</sup> *Idem*.



No entanto, concretamente, não existe nenhum tempo final da prisão cautelar, e este fica condicionado à duração do processo, tutelado pelo artigo 5º, LXXVIII da CF, que garante a sua razoável duração.

A lei 12.403 perdeu a grande oportunidade de inserir no direito brasileiro essa limitação temporal, bem como de prever uma sanção processual em caso de não observância, que seria a imediata restauração da liberdade do acusado. Os limites só são respeitados quando acompanhados de uma sanção, senão abusos ainda ocorrerão.

Por fim, há que se lamentar a não inclusão do §7º do art. 282, que instituía o dever de reexaminar a prisão preventiva decretada a cada 60 dias, ou em prazo menor, se a situação exigisse, para avaliar fundamentalmente se persistiam os motivos que a ensejaram. Perdeu-se uma grande oportunidade de caminhar rumo à eficácia do direito ao processo penal no prazo razoável. Uma lástima.<sup>77</sup>

### 3.1.8. Princípio da excepcionalidade

A prisão preventiva somente será decretada quando se mostrarem inadequadas ou forem insuficientes as demais medidas cautelares diversas da prisão, ainda que aplicadas isolada ou cumulativamente. É o que dispõe o artigo 282, §6º do Código de Processo Penal:

Art. 282: [...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

A excepcionalidade deve ser lida com os olhos da presunção de inocência, considerando assim as prisões cautelares a *ultima ratio* do sistema, devendo ser aplicadas somente quando inevitáveis. No entanto, o grande problema tem sido a tendente massificação das cautelares.

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Ademais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.<sup>78</sup>

Aury Lopes Junior ainda cita FERRAJOLI, quando afirma que a prisão cautelar é uma prisão processual, na qual é o acusado primeiro castigado para

<sup>77</sup> LOPES JUNIOR. *O novo regime...*, p. 28.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 30.

depois ser ouvido, com eminente caráter de prevenção geral e especial e retributivo. Ademais, se não são dotadas mesmo de caráter punitivo, deveriam ser cumpridas em instituições penais diferentes, com algum conforto e comodidade – como uma residência, e não como acontece hoje, eis que os presos cautelares muitas vezes se encontram em piores situações nas cadeias públicas que os condenados nas penitenciárias.

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de ‘eficiência’ do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser ‘excepcional’ torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares.<sup>79</sup>

A questão maior não é então legislativa, mas sim de ordem cultural. Espera-se que a nova lei tenha força o suficiente para romper com essa cultura inquisitorial e tendente à carcerização preventiva em massa, evitando a banalização completa do instituto.

### 3.2. Requisitos fundamentais das medidas cautelares: *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*

A corrente doutrinária que adota a teoria geral do processo como orientadora do ordenamento processual penal traz para ele os mesmos requisitos cautelares que permeiam o processo civil cautelar.

A atividade cautelar destina-se à conservação de certos meios exteriores sem os quais o processo não teria como ser realizado corretamente e eficientemente (bens suscetíveis de constrição judicial, fontes de prova). É o que se vê, p. ex., no *arresto* de bens do devedor, imposto para evitar que no futuro já não se encontre em seu patrimônio o que penhorar (CPC, art. 813); ou na *produção antecipada de provas*, cuja finalidade é evitar que a instrução processual venha depois a ficar privada do depoimento de uma testemunha em risco de vida, ou dos vestígios de um dano (a serem verificados em perícia), etc. Os provimentos cautelares fundam-se na hipótese de um futuro provimento definitivo favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se cumulativamente esse pressuposto e o do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera em regime de urgência, como instrumento provisório sem o qual o definitivo poderia ficar frustrado em os seus efeitos.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> LOPES JUNIOR. *O novo regime...*, p. 31.

<sup>80</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25a. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

O *periculum in mora* justifica-se no risco que corre o titular da pretensão de ver seu direito lesado em decorrência da demora na prestação jurisdicional, deve ser demonstrada a possibilidade de existência do dano. Os provimentos não são dados imediatamente pelo Poder Judiciário, uma vez que cada procedimento tem sua caminhada própria e necessária. Estando então presente esse risco na demora, e sendo razoável a hipótese de que o provimento final seja favorável ao autor – há, mesmo que mínima, indicação de plausibilidade do direito do qual afirma ser titular, pode ser-lhe concedida uma medida cautelar que tutele e garanta o provimento jurisdicional final, a eficácia do processo principal.

Como já apontado no anteriormente, esses conceitos não justificam a adoção de uma medida cautelar de natureza processual penal. O processo penal, fazendo uso da autonomia que lhe é inerente, deve adequar esses requisitos à realidade da persecução penal.

Nas palavras de Aury Lopes Júnior, é impossível conceber como requisito para a decretação de uma medida cautelar a “fumaça do bom direito”, vez que o delito é a própria contrariedade do direito, um paradoxo.

“No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível.”<sup>81</sup>

Portanto, o requisito no processo penal é o *fumus commissi delicti*, que exprime a probabilidade de ocorrência de um delito – em contraposição a um direito, ou, mais especificamente, fortes indícios de autoria do delito e provas de sua materialidade – garantia de não se privar alguém de sua liberdade sem o mínimo de suporte fático.

“O *periculum in mora* não está na urgência de se afastar o perigo de dano pela morosidade processual, mas sim no risco que a liberdade do acusado significa para a obtenção de uma decisão pautada no devido processo legal”.<sup>82</sup> Aury Lopes Jr. vai além dizendo que o perigo não é mero requisito das medidas cautelares, e sim o seu fundamento. Para ele, o *periculum in mora* se justifica perfeitamente nas medidas cautelares reais, nas quais o lapso temporal pode ocasionar dilapidação do patrimônio. Nas medidas cautelares pessoais, o perigo se reveste de outra natureza.

Aqui, o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da

<sup>81</sup> LOPES JÚNIOR. **O novo regime...**, p. 14.

<sup>82</sup> KATO. 2005, P. 93.

função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta de prova).<sup>83</sup>

O perigo não surge da demora no provimento, o tempo não pode ocasionar a dilapidação ou perecimento do objeto. O risco decorre da situação de liberdade do acusado, o perigo aqui se consubstancia na possível lesão ao normal desenvolvimento do processo. Assim, o fundamento aqui é o *periculum libertatis*, enquanto decorrente da situação de liberdade do sujeito passivo.

### 3.3. Prisão cautelar e a relação com a presunção de inocência

O provimento cautelar surge como instrumento garantidor da pena “principal”, e o mais comum deles era a prisão. Mantinha-se o acusado preso até que sua condenação – esta, na imensa maioria dos casos, muito mais danosa que a restrição da liberdade – sobreviesse.

De acordo com Frederico Marques,

A prisão como pena data, ao que parece, do século XVI. Outrora, sua função era tão-só cautelar, como se vê de conhecido texto de Ulpiano: *carcer ad continendos homines non ad puniendus*. Foi o direito canônico que transformou a prisão em castigo ou pena, com o isolamento em calabouço, diz Braas: ‘para salvaguarda moral dos presos e também com o fito de levar o condenado, com inatividade obrigatória, a purificar sua alma’. Nos tribunais espanhóis da Inquisição, como lembra Oneca, havia, por isso, o *carcer custodiam* (prisão preventiva) e o *carcer ad poenam* (prisão punitiva).<sup>84</sup>

No entanto, a crítica à prisão cautelar aparece e ganha destaque na medida em que o corolário da presunção de inocência passa a nortear o sistema penal. Segundo FERRAJOLI, “a história da prisão cautelar do imputado que aguarda julgamento é estritamente conexa àquela do princípio da presunção de inocência.”<sup>85</sup>

A presunção de inocência é uma construção político-criminal fruto da experiência moderna com forte influência do pensamento iluminista, período no qual a crítica à prisão cautelar foi intensa e numerosos foram os doutrinadores que defenderam que a regra deveria ser a resposta ao processo em liberdade. Diante da regra, criou-se aqui também uma exceção: a presunção de inocência não impede

<sup>83</sup> LOPES JUNIOR. **O novo regime...**, 14.

<sup>84</sup> MARQUES, José Frederico. **Da prisão no Direito Brasileiro**. In: Estudos de Direito Processual Penal. São Paulo: Millenium, 2001. p. 220.

<sup>85</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2a. ed. rev. ampl., com introdução e índices onomástico e analítico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 562.

que o acusado seja preso antes de uma eventual condenação, no entanto, essa prisão deverá se revestir do caráter cautelar.

Para Giamberardino,

O limite da crítica, como apontado nas primeiras palavras da introdução, é o argumento de que se trataria de um 'mal necessário'. Ora, perante algo posto como desde logo necessário, é evidente que não se discute seu fundamento de existência, mas apenas o que se pode fazer para *minimizar* os danos, na medida do possível. A conclusão foi pela *não vedação da prisão cautelar, desde que ela não significasse uma antecipação da punição* sendo, no caso, uma prisão *processual*, que não pressupõe a culpa do acusado nem cumpre qualquer das finalidades atribuídas à pena de reclusão.<sup>86</sup>

Assim, estabelecer distinções entre prisão processual e prisão penal foi a única solução encontrada para justificar na teoria a coexistência “aparentemente sem conflitos” da prisão cautelar e do postulado da presunção de inocência. Prisão cautelar e presunção de inocência são noções contrapostas, na medida em que esta determina que todo acusado deverá ser considerado inocente até a sentença condenatória transitada em julgado.

Essa grave degeneração do processo permite que se fale em verdadeiras penas processuais, pois confrontam violentamente com o caráter e a função instrumental do processo, configurando uma verdadeira patologia judicial, na qual o processo penal é utilizado como uma punição antecipada, instrumento de perseguição política, intimidação policial, gerador de estigmatização social, inclusive com um degenerado fim de prevenção geral. Exemplo inegável nos oferecem as prisões cautelares, verdadeiras penas antecipadas, com um marcado caráter dissuasório e de retribuição imediata.<sup>87</sup>

Questiona-se, no entanto, o significado dessa presunção de inocência, se ela efetivamente presumiria como inocente ou se é apenas uma presunção de não culpabilidade. Na presunção de inocência a finalidade seria a não estigmatização do acusado, enquanto a não culpabilidade abrangeria tão somente o ônus da prova. A primeira trata o acusado como efetivamente inocente, fruto da tentativa de humanização do direito e do processo penal. A segunda alerta para um contrassenso em relação à presunção de inocência – se é presumida a inocência do acusado, por que então proceder à persecução penal? Presumir a inocência de um acusado é completamente paradoxal. A presunção de não culpabilidade declara que não há nem um culpado nem um inocente, mas sim um indiciado.

<sup>86</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 59.

<sup>87</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 16.

É este último o entendimento previsto no nosso ordenamento jurídico, constante na Carta Magna, no artigo 5º, LVIII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Por outro lado, existem textos legais que falam expressamente na presunção de inocência, como é o caso da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração Universal dos Direitos da ONU e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.

Sob esse enfoque, a garantia constitucional não se revela somente no momento da decisão, como expressão máxima do *in dubio pro reo*, mas se impõe igualmente como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado, que antes da sua condenação não pode sofrer qualquer equiparação ao culpado; e, sobretudo, indica a necessidade de se assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo ‘justo’.<sup>88</sup>

Considerá-la como efetiva presunção de inocência apresenta uma dupla aplicabilidade fática: como regra processual e de hermenêutica, orientadora de todo o processo (interpretação e valoração de provas) – *in dubio pro reo*, e também como princípio que impede qualquer lesão à liberdade do acusado antes de eventual condenação, salvo os casos de imperiosa necessidade.

Cabe então ao acusador comprovar a existência dos elementos necessários à condenação criminal do réu, tanto afirmando que se encontram preenchidos os requisitos de autoria e materialidade, bem como a inexistência de nenhuma excludente que justifica ou até mesmo exclua a responsabilização.

Além disso, cria também uma verdadeira regra de tratamento a ser seguida durante o processo. “Segundo essa regra, tendo em vista que o acusado ostenta a condição presumida de inocente, o Estado não lhe poderá impor qualquer restrição pessoal baseada unicamente na possibilidade de uma condenação futura.”<sup>89</sup>

A garantia de ser mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus de acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena ocorrerá por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 37.

<sup>89</sup> FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011. p. 57.

<sup>90</sup> LOPES JUNIOR. 2003, p. 16.

Para além de uma aplicação meramente processual, deve ser uma perspectiva que privilegia todo o conteúdo político da presunção de inocência, considerando-a como uma norma orientadora de todo o processo, como um estado de ânimo frente ao acusado e um comportamento que perpassasse todo o procedimento.

A fórmula adotada – ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ – inspirada nitidamente na disposição italiana de 1948 – ‘l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva’ – permite entretanto uma interpretação mais abrangente da garantia, em relação à fonte peninsular, na medida em que não restringe ao “acusado” e, portanto, à esfera do processo penal propriamente dito, reportando-se a todos os estágios da repressão penal, inclusive às atividades policiais ditas preventivas e investigatórias.<sup>91</sup>

Para Aury Lopes Jr., confere-se também ao princípio da presunção de inocência a tarefa de se revelar como ferramenta ao garantismo, impondo-se como limite à atuação estatal e vedando, assim, qualquer tipo de punição antecipada.<sup>92</sup>

O que se vê é que, perante o instituto da prisão cautelar, em nenhum momento teve força qualquer proposta para aboli-la, mesmo se admitindo sua *incompatibilidade lógica*: em seu lugar, *compatibilizou-se o discurso* mediante vedação de sua utilização como *castigo*. Para tanto é que se estabelecem princípios, limites e condições, conforme o contexto político do respectivo local e período histórico. Dentre tais limites, destacam-se a exigência do crivo jurisdicional, do respeito aos princípios *supra* referidos e da existência de um fundamento legítimo, quando tendo *natureza cautelar*.<sup>93</sup>

Luiz Antônio Câmara afirma que o princípio da presunção de inocência “impede admitam-se prisões que importem no reconhecimento da execução antecipada da pena ou que constituam consequência lógica da imputação”.<sup>94</sup>

Se a prisão preventiva se revelar uma execução antecipada da pena, as consequências podem ser devastadoras. Sobrevindo uma sentença condenatória que substitui a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e/ou multa, ou até mesmo uma absolvição, de que valerá ter o acusado permanecido preso se, ao fim, seu destino será outro? Giuseppe de Luca afirma que *o perigo da antecipação se revela aqui em todas as suas trágicas proporções. Quando a medida cautelar é constituída da detenção preventiva, se o processo termina com a verificação*

<sup>91</sup> GOMES FILHO. 1991, p. 32-33.

<sup>92</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4a. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 10.

<sup>93</sup> GIAMBERARDINO. 2008, p. 58.

<sup>94</sup> CÂMARA. 1997, p. 44.

*negativa do crime, em nenhum caso se poderá remediar o dano injustamente sofrido pelo imputado.*<sup>95</sup>

Para Maria Ignez Lanzellotti Baldez Kato,

o uso desmedido da prisão provisória revela a intenção do poder estatal de, como resposta imediata à sociedade, adequar o instituto processual cautelar a uma eficácia substancial, dissimulada na suposta necessidade da garantia da ordem pública.<sup>96</sup>

Por ser disciplinada por requisitos tão amplos e genéricos, o texto legal acaba proporcionando a aplicação discricionária da medida coercitiva, deixando ao juízo do magistrado a necessidade ou conveniência do seu cabimento.

O que parece mais relevante, quanto a esse ponto, é a constatação de que na atualidade o princípio da presunção de inocência insere-se num quadro mais amplo de garantias, não apenas do cidadão individualmente considerado, mas sobretudo do próprio exercício da atividade jurisdicional; sua aceitação como pressuposto indispensável da persecução penal no moderno Estado de Direito deve objetivar, fundamentalmente, a superação das desigualdades sociais que são naturalmente trazidas para o âmbito do processo, assegurando-se uma efetiva 'paridade de armas', sem a qual a dignidade da pessoa humana não estaria preservada.<sup>97</sup>

Diante de todo o exposto, numa visão mais radical, as prisões cautelares sequer poderiam ser admitidas em nome da presunção de inocência ou da não culpabilidade do acusado. No entanto, encontram sua justificação nas situações excepcionais em que a liberdade do acusado poderá comprometer o regular andamento da persecução penal ou a atividade jurisdicional e sua eficácia.

Assim, só podem ser autonomamente admitidas se para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal – indicativos do *periculum libertatis*, e quando houver prova da existência do crime e suficientes indícios de autoria – consubstanciados no *fumus commissi delicti*; para os crimes dolosos cuja pena máxima privativa de liberdade seja superior a quatro anos, quando tiver sido o acusado condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, idoso, criança, enfermo ou pessoa com deficiência. Ou, ainda, na hipótese de descumprimento das

<sup>95</sup> LUCA, Giuseppe di. **Linamenti Della Tutela Cautelare Penale**. La Carcerazione Preventiva. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1953. p. 33. Trad. Livre: Il pericolo della anticipazione si rivela qui in tutte Le sue tragiche proporzioni. Quando la misura cautelare è costituita dalla detenzione preventiva, se il processo si chiude con l'accertamento negativo del reato, in nessun caso si potrà rimediare al danno ingiustamente patito dall'imputato.

<sup>96</sup> KATO. 2005, p. 83.

<sup>97</sup> GOMES FILHO. 1991, p. 85.



medidas anteriormente impostas (art. 282, §4º), quando subsidiárias, se observados os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Além disso, parece importante salientar que mesmo nas hipóteses em que presentes os elementos acima indicados, não se deve esquecer do caráter *excepcional* da prisão cautelar, devendo ser a *ultima ratio*, quando nenhuma outra medida diversa for capaz de tutelar, sozinha ou em conjunto com outras, a persecução penal.

## 4. DA PRISÃO DURANTE O PROCESSO SOB A ÓTICA DA LEI 12.403/2011

### 4.1. Regras gerais de aplicação das medidas cautelares

Conforme já dito anteriormente, a lei 12.403 de 04 de maio de 2011 surge para romper com o modelo binário restritivo de prisão cautelar e liberdade provisória, deixando à disponibilidade do juiz um rol de medidas alternativas à prisão.

A lei, embora explicita uma distinção conceitual entre prisão, medidas diversas e liberdade provisória, todas elas exercem a mesma função dentro do processo, qual seja, o acautelamento dos interesses da instrução criminal.

Eugênio Pacelli de Oliveira faz uma crítica à terminologia ainda utilizada na lei, afirmando estar completamente equivocada e ultrapassada.

Não é porque o constituinte de 1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, *com e sem fiança*, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco. O que é *provisório* é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos. A *liberdade* é a regra; mesmo após a condenação passada em julgado, a prisão eventualmente aplicada *não será perpétua*, isto é, será sempre *provisória*.<sup>98</sup>

Ainda, o autor estabelece algumas ponderações iniciais antes do estudo das novas medidas cautelares que merecem destaque, abaixo sintetizadas.

As medidas cautelares alternativas à prisão não necessitam de prévia prisão em flagrante para serem decretadas, de acordo com o disposto no artigo 282, §2º, do CPP. Ao contrário da disposição anterior, que somente concedia a liberdade provisória quando da prisão em flagrante, agora as medidas podem ser impostas tanto na fase de investigação como na fase processual.

As medidas cautelares diversas da prisão se revestirão também de caráter *substitutivo* da prisão em flagrante quando não for cabível e/ou adequada a decretação da prisão preventiva.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

[...]

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o

<sup>98</sup> OLIVEIRA. 2011, p. 6.

caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

A prisão preventiva poderá então ser decretada independentemente de prévia medida diversa estabelecida; em substituição à medida anteriormente imposta e descumprida; em decorrência da conversão da prisão em flagrante, quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP e forem insuficientes e/ou inadequadas as demais medidas cautelares.

Quando decretada *autonomamente*, ou seja, como *medida independente* do flagrante, ou, ainda, como *conversão deste*, a prisão preventiva submete-se às exigências do art. 312 e do art. 313, ambos do CPP; quando, porém, for decretada *subsidiariamente*, isto é, como *substitutiva* de outra cautelar *descumprida*, não se exigirá a presença das situações do art. 313, CPP.<sup>99</sup>

Ainda, poderá ser a prisão preventiva substituída por outra medida cautelar menos gravosa, quando esta se mostrar proporcionalmente mais adequada e suficiente para garantir a efetividade do processo, de acordo com o disposto no §5º do art. 282:

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

É que, agora, a regra *deverá* ser a imposição *preferencial* das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para os casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou da reiteração criminosa.<sup>100</sup>

Estabelece ainda que

nenhuma medida cautelar (prisão ou outra qualquer) poderá ser imposta quando não for cominada à infração, objeto de investigação ou de processo, pena privativa de liberdade, cumulativa ou isoladamente (art. 283, §3º, CPP); do mesmo modo, não se admitirá a imposição de cautelares e, menos ainda, da prisão preventiva, aos crimes para os quais seja cabível a *transação penal*, bem como nos casos em que seja proposta e aceita a *suspensão condicional do processo*, conforme previsto na Lei 9.099/95, que cuida dos Juizados Especiais Criminais e das infrações de menor potencial ofensivo.<sup>101</sup>

Por fim, afirma que, de acordo com o princípio da *proporcionalidade*, não será admitida a decretação de medida cautelar quando se tratar de crime na modalidade culposa. No entanto,

quando – e somente quando – se puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa de liberdade ao final do processo, diante das condições pessoais do agente, serão cabíveis, excepcionalmente para os

<sup>99</sup> OLIVEIRA. 2011, p. 7.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>101</sup> OLIVEIRA, *Loc. cit.*

crimes culposos, as cautelares do art. 319 e art. 320, segundo a respectiva necessidade e fundamentação.<sup>102</sup>

Assim, as novas regras aplicáveis às medidas cautelares pessoais surgem para evitar a banalização e o excesso de encarcerização provisória. Devem ser estritamente observadas com a finalidade de garantir a aplicação das medidas somente quando necessárias, justificando a sua imposição, principalmente nos casos em que não houver anterior prisão em flagrante, nas hipóteses do artigo 282, incisos I e II do CPP.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

#### 4.2. Prisão em flagrante

Grande parte da doutrina processual penal brasileira costuma classificar, erroneamente, a prisão em flagrante como uma espécie de medida cautelar. O flagrante é uma medida precária, é uma mera detenção que não possui a finalidade de garantir o desenrolar do processo. Até por essa razão é que pode ser decretada por um particular ou pela autoridade policial.

A prisão em flagrante tem como fundamentos: evitar a fuga do autor do fato; resguardar a sociedade, dando-lhe confiança na lei; servir de exemplo para aqueles que desafiam a ordem jurídica e acautelar as provas que, eventualmente, serão colhidas no curso do inquérito policial ou na instrução criminal, quer quanto à materialidade, quer quanto à autoria.<sup>103</sup>

O flagrante não pode ser considerado uma medida cautelar pessoal, mas sim revestido de um caráter pré-cautelar, que se destina a colocar o detido à disposição do Poder Judiciário para que ele verifique a necessidade de se adotar ou não uma medida verdadeiramente cautelar. Afirma-se o caráter autônomo e instrumental da prisão em flagrante.

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

<sup>102</sup> OLIVEIRA. 2011, p. 7.

<sup>103</sup> RANGEL. 2011, p. 731.

A instrumentalidade manifesta-se no fato de o flagrante ser um *strumenti dello strumento* – a prisão preventiva; ao passo que a autonomia explica as situações em que o flagrante não gera a prisão preventiva ou nos demais casos, em que a prisão preventiva existe sem prévio flagrante.<sup>104</sup>

É exatamente nesse sentido que está a redação do artigo 310, dada pela lei 12.403/11:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Assim, no prazo fatal de vinte e quatro horas, o auto de prisão em flagrante será encaminhado ao juiz, que fundamentadamente decidirá entre o relaxamento da prisão; conversão em prisão preventiva (desde que presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*); decretação uma ou mais medidas cumuladas alternativas da prisão; concessão da liberdade provisória com ou sem fiança.

#### 4.3. Prisão preventiva

Prisão cautelar é medida que “recai sobre o indivíduo, privando-o em sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva”<sup>105</sup>, aqui considerada como a principal medida de caráter pessoal.

Se a prisão em flagrante busca sua justificativa e fundamentação, primeiro, na proteção do ofendido, e, depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva revela sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo.<sup>106</sup>

A prisão preventiva somente será decretada por juiz ou tribunal competente, através de uma decisão fundamentada, a partir de um requerimento expresso

<sup>104</sup> LOPES JUNIOR. **O novo regime...**, p. 37-38.

<sup>105</sup> RANGEL. 2011, p. 581.

<sup>106</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16a. ed. atual. de acordo com as Leis nº 12.403, 12.432, 12.461, 12.483 e 12.529, todas de 2011, e Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012. p. 542.

formulado pelo Ministério Público ou representação pela autoridade policial. Poderá ainda ser pleiteada pelo querelante, nas ações penais de iniciativa privada. É cabível no curso da investigação preliminar, no decorrer do processo de conhecimento e até mesmo após a sentença condenatória recorrível.

Aury Lopes Júnior afirma ser uma infelicidade que ainda considere o legislador brasileiro a possibilidade de a prisão preventiva ser decretada de ofício, desde que no curso da ação penal, “sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e a própria garantia da imparcialidade do julgador.”<sup>107</sup>

Essa atividade do juiz implica uma violação de sua imparcialidade, mitigando a função que ocupa o Estado – representado pelo magistrado – no processo, qual seja, a de se sobrepor aos interesses das partes. Conceder ao juiz poderes “inquisitórios” representa uma total antítese da inércia do juiz que rege todo o processo penal, assumindo uma postura que vai de encontro àquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, contradizendo a imparcialidade do julgador.

Mas não basta a fundamentação judicial da autoridade competente. Como se trata de grave medida restritiva de direitos, a sua decretação deve estar expressamente prevista em lei, não podendo o juiz, nesse ponto, afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição penal. Por efetividade estamos nos referindo à necessidade de se preservar o adequado funcionamento de um (processo) e outra (jurisdição penal), de maneira a permitir que ambos cumpram as suas importantes missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal.<sup>108</sup>

Antes da lei 12.403/2011, a prisão preventiva somente era cabível nos casos previstos no artigo 313 do CPP, desde que presentes os requisitos do artigo 312 do mesmo diploma legal. A partir de maio de 2011, com a introdução de medidas alternativas à prisão, surgem novas fundamentações e outras situações fáticas nas quais serão cabíveis a medida cautelar, independentemente de estarem previstas as situações descritas no art. 313.

A saber, agora, serão três as situações previstas no ordenamento que justificam a prisão preventiva:

a) Quando decretada de modo independente e autônomo, a qualquer momento, seja na fase de investigação ou na fase instrutória – nos termos dos artigos 311, 312, e 313 do CPP;

<sup>107</sup> LOPES JÚNIOR. *O novo regime...*, p. 70.

<sup>108</sup> OLIVEIRA. 2012, p. 543.

b) Em razão da conversão da prisão em flagrante, desde que se mostrem insuficientes ou inadequadas as medidas alternativas ao cárcere – conforme dispõe o artigo 310, II, do CPP;

c) Para substituir a medida anteriormente imposta que tenha sido descumprida – nos moldes do artigo 282, §4º, do CPP, sendo que aqui não se exigirá a presença das hipóteses do artigo 313 do mesmo texto legal.

A prisão preventiva, diferentemente da prisão temporária, pretende tutelar tanto a fase preliminar como a fase de processo, podendo vir a ser decretada a qualquer tempo, a título de exemplo, nas hipóteses de prisão por ocasião de decisão de pronúncia (art. 413, §3º do CPP) e da sentença condenatória (art. 387, § único).

Como regra de toda medida cautelar, a prisão preventiva terá sua existência condicionada à manutenção dos fundamentos que a ensejou, podendo ser revogada a qualquer tempo sobrevindo a inexistência de tais fundamentos; renovada, na superveniência de fatos condicionantes ou substituída por outra medida, se comprovada sua dispensabilidade.

#### 4.3.1. Requisito da prisão preventiva: *fumus comissi delicti*

O *fumus comissi delicti* consiste na probabilidade razoável da existência de um crime e de indícios suficientes de sua autoria, consubstanciando-se no requisito fundamental para a decretação de uma medida cautelar. “A aparência do delito deve estar presente em toda e qualquer prisão provisória (ou cautelar) como verdadeiro pressuposto da decretação da medida acautelatória.”<sup>109</sup>

Esse é o entendimento disposto no *caput* do artigo 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (grifos não constam no original)

Significa que, para que tenha lugar a prisão preventiva, é necessário que já existam nos autos elementos de informação robustos no sentido da materialidade do delito, é dizer, prova de que o crime foi cometido, bem como elementos que apontem, razoavelmente, para alguém como autor da conduta ilícita.<sup>110</sup>

<sup>109</sup> OLIVEIRA. 2011, p. 35.

<sup>110</sup> FIGUEIREDO. 2011, p. 99.

É importante ressaltar que a lei fala em provas da existência de um crime. Assim, devem estar presentes indícios mínimos de cada elemento que compõe o conceito de crime: somente será cabível a prisão cautelar se o fato em análise for manifestadamente típico, antijurídico e culpável, de modo que a constatação de qualquer circunstância que exclua um ou mais desses elementos, excluirá, por conseguinte, o crime e não se admitirá a tutela preventiva. Tanto é assim que o artigo 314 do CPP não admite a decretação da prisão preventiva se o agente praticou o fato em estado de necessidade, legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito.

O *fumus comissi delicti* exige uma análise racional do magistrado acerca de todos os elementos dos fatos a ele apresentados. Não é necessário um juízo de certeza, mas de probabilidade do cometimento do delito e de sua autoria. Os indícios suficientes não se traduzem na mera possibilidade do delito.

O juízo de possibilidade prescinde da afirmação de um predomínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa. Para o indiciamento, seria suficiente um juízo de possibilidade, posto que no curso do processo deve o Ministério Público provar de forma plena, robusta, a culpabilidade do réu. Já para a denúncia ou queixa ser recebida, entendemos que deve existir probabilidade do alegado. A sentença condenatória, ainda que seja um ato de convencimento do juiz, somente se legitima quando calcada em um alto grau de probabilidade. Caso contrário, a absolvição é imperativa.<sup>111</sup>

Diante do alto grau de lesividade que a medida cautelar impõe à esfera de direitos do acusado, deve haver um domínio evidente de razões positivas para a sua decretação, ou seja, um juízo de grande probabilidade. A probabilidade significa uma verossimilhança de todos os requisitos positivos apresentados – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, e, por consequência, a inexistência de algum requisito negativo do delito – aqui representados pelas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade.

#### 4.3.2. Fundamento da prisão preventiva: *periculum libertatis*

Junto com o *fumus comissi delicti*, a prisão preventiva exige, para sua decretação, uma evidente situação de perigo na qual a liberdade do agente poderá trazer danos irreparáveis ao processo, este representado pelo perigo do normal desenvolvimento da persecução criminal. Nos termos da lei: “poderá ser decretada

<sup>111</sup> LOPES JUNIOR. *O novo regime...*, p. 73.



como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.”

São situações em que, verificada a probabilidade de lesão a uma delas, a proteção se fará necessária. Não são cumulativas, posto que basta a presença de uma delas para a decretação da medida cautelar.

O primeiro desafio que se apresenta ao intérprete é definir o significado e os limites da expressão *ordem pública*. Por ser um conceito muito amplo e vago, “presta-se a qualquer *senhor*, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante [...] Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer...”<sup>112</sup>

Nessa perspectiva, são comuns as definições de risco à ordem pública como sinônimo de preservação da boa convivência social, clamor público, crime que geraria uma grande comoção, abalo social. Alguns julgados até costumam usar a gravidade ou a brutalidade do delito como razão para a prisão, a exemplo do delito de tráfico de entorpecentes.

Fazendo uma acertada comparação, João Gualberto Garcez Ramos afirma que

A ordem pública é, nessa concepção e na estrita perspectiva do imputado, como um lago de águas plácidas que foi afetado outrora pela prática de um crime, mas que agora se encontra calmo. Qualquer crime que seja cometido pelo imputado funciona como uma pedra que é jogada no lago e com sua energia cinética, altera-lhe a placidez, gerando ondas na direção da margem.<sup>113</sup>

O STF já se pronunciou nesse sentido, declarando que a ordem pública consubstancia-se “na tutela de superiores bens jurídicos da incolumidade das pessoas e do patrimônio, constituindo-se explícito ‘dever do Estado, direito e responsabilidade de todos’ (art. 144 da CF/88)”.<sup>114</sup>

<sup>112</sup> LOPES JUNIOR. **O novo regime...**, p. 76.

<sup>113</sup> RAMOS. 1998, p. 146.

<sup>114</sup> HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INTERESSE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA. IDONEIDADE DO DECRETO DE PRISÃO. DECISÃO EMBASADA EM FATOS CONCRETOS. 1. Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, se este embasa a custódia cautelar em dados concretos. 2. A prisão preventiva pode ser decretada para evitar que o acusado pratique novos delitos. O decreto preventivo contém dados concretos quanto à periculosidade do paciente e da quadrilha de cujo comando faz parte. Ordem pública a se traduzir na tutela dos superiores bens jurídicos da incolumidade das pessoas e do patrimônio, constituindo-se explícito “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos” (art. 144 da CF/88). Precedentes: HC 82.149, Ministra Ellen Gracie; HC 82.684, Ministro Maurício Corrêa; e HC 83.157, Ministro Marco Aurélio. 144CF/88: HC 82.149 HC 83.1573. A conveniência da instrução criminal justifica a segregação preventiva, quando há fatos concretos que sinalizem a possibilidade de o paciente influir no ânimo das testemunhas e denunciante do esquema ilícito. 4. A garantia da ordem econômica

Ainda, há quem afirme a ordem pública pode se traduzir na garantia da integridade física do imputado que, se solto, poderia ser vítima de um linchamento, mas, atualmente, predomina o entendimento de que não é cabível. Nas palavras de AURY LOPES JÚNIOR: “prender alguém para assegurar sua segurança revela um paradoxo insuperável e insustentável.”<sup>115</sup>; e no entendimento de WEBER MARTINS BATISTA:

não me parece, no entanto, que se possa prender alguém, ainda que com a intenção de protegê-lo, para evitar um risco que não criou e para o qual não concorreu. As medidas de restrição à liberdade pessoal se contêm em lindes de estrita legalidade e não admitem interpretação extensiva.<sup>116</sup>

Por fim, poder-se-ia definir também a garantia da ordem pública como a credibilidade na justiça – já que manter o acusado de um delito muito grave em liberdade revelaria um descrédito dos institutos penais; ou mesmo pelo risco da reiteração criminosa, pois somente com a restrição da liberdade é que o acusado seria impedido de delinquir novamente.

É de se perceber que, de fato, a ordem pública é interesse que, mais do que transcender o objeto do processo, é dele totalmente apartado. O fato de o acusado continuar a cometer novos crimes, isso em nada prejudicará o andamento ou o resultado do processo penal condenatório em que a medida se inserir.<sup>117</sup>

Em outra dimensão, afirmar que a medida se imporia pela credibilidade no sistema “é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas”<sup>118</sup>, revelando um grave retrocesso a um grotesco estado de polícia autoritário, totalmente incompatível com a ordem civilizatória pós-moderna.

Por isso, afigura-se inteiramente inadequado avocar razões como clamor público, muitas vezes induzido pelo estardalhaço provocado pelos meios de comunicação social, a título de motivação da prisão preventiva para garantia da ordem pública. É que a prisão com essas características tem em mira, exclusivamente, a satisfação do sentimento coletivo de indignação e vingança, que não é apto a justificar uma prisão processual. Não há, na prisão fundada na crepitação pública do crime, qualquer outro fim que não

---

autoriza a custódia cautelar, se as atividades ilícitas do grupo criminoso a que, supostamente, pertence o paciente repercutem negativamente no comércio lícito e, portanto, alcançam um indeterminando contingente de trabalhadores e comerciantes honestos. Vulneração do princípio constitucional da livre concorrência. 5. A eventual aplicação da lei penal é fundamento idôneo para embasar o decreto prisional, quando as condições objetivas do caso dão conta de que a suposta quadrilha possui ramificações em outros países onde, inclusive, co-réu se encontra foragido. 6. Ordem denegada. (BRASIL. STF - HC 91016 SP, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 13/11/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-083 DIVULG 08-05-2008 PUBLIC 09-05-2008 EMENT VOL-02318-02 PP-00231)

<sup>115</sup> LOPES JUNIOR. **O novo regime...**, p. 77.

<sup>116</sup> BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória**. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 78.

<sup>117</sup> RAMOS. 1998, p. 150.

<sup>118</sup> LOPES JUNIOR. *Op. cit.*, p. 96.

seja o de punir exemplarmente o imputado, função esta reserva à pena material e definitiva.<sup>119</sup>

A prisão para *garantia da ordem econômica* foi inserida no ordenamento a partir da Lei Antitruste – Lei nº 8.884/94, que tutelava

o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultuosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de valores e ações.<sup>120</sup>

Afirma-se que a garantia da ordem econômica chega a ser redundante, vez que eventual lesão à ordem econômica consequentemente lesará também a ordem pública. Nesse sentido, afirma RAMOS que “o conceito de *ordem econômica* se insere no de *ordem pública*, sendo uma especialização desta.”<sup>121</sup>

Refletindo-se sobre as hipóteses em que esse fundamento poderia ser utilizado, chega-se à conclusão de que serviria para evitar a prática de novos crimes com repercussão econômica. Decretar a prisão a partir da magnitude da lesão causada, como prevê o artigo 30 da Lei 7.492/86 (Lei de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), também não encontra qualquer respaldo nas finalidades da medida cautelar, vez que se estaria prendendo pela gravidade abstrata do delito, configurando uma antecipação da sanção penal.

Parece-nos, contudo, que a magnitude da lesão não seria amenizada e nem diminuídos seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre risco de perdas econômicas generalizadas.<sup>122</sup>

Por fim, salienta-se que tanto a tutela da ordem pública como da ordem econômica não se prestam à efetiva finalidade da tutela cautelar, qual seja, a proteção do processo no qual ela foi decretada, ainda que fundada em fatos a ele correlatos.

A *conveniência da instrução criminal* é empregada quando a liberdade do acusado colocar em risco ou tentar obstruir o desenvolvimento da persecução penal. É uma medida tipicamente cautelar, dotada de caráter instrumental que visa proteger o processo. O termo “conveniência” é de grande abrangência e com grande influência da discricionariedade, totalmente contrário aos princípios da prisão

<sup>119</sup> FIGUEIREDO. 2011, p. 109.

<sup>120</sup> LOPES JUNIOR. **O novo regime...**, p. 77.

<sup>121</sup> RAMOS. 1998, p. 151.

<sup>122</sup> OLIVEIRA. 2011, p. 36.

preventiva, que se pauta na excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo portanto o último instituto a ser aplicado.

Um exame das significações revela que: a) *conveniência*, substantivo feminino derivado do latim *convenientia*, é a qualidade do que é conveniente, o que tem utilidade, interesse, proveito, vantagem, lucro e, em outras acepções, o que tem conformidade, semelhança e, além disso, o que tem decência e decoro; b) *instrução criminal*, na acepção do Código de Processo Penal e na doutrina, ou é o próprio processo penal condenatório ou é a fase, dentro do processo penal condenatório, em que a *atividade instrutória* predomina. Por isso não corresponde à verdade a afirmação de que tal prisão protege *exclusivamente a prova*; além disso, protege ela a *fase processual em que se dá a atividade instrutória*.<sup>123</sup>

Essa modalidade de prisão preventiva pretende garantir toda a instrução do processo, evitando assim que provas sejam destruídas, testemunhas e vítimas sejam coagidas ou ameaçadas, peritos constrangidos ou intimidados, entre outras possibilidades.

Verificado esse tipo de conduta prejudicial ao processo, a prisão preventiva deve ser decretada por conveniência da instrução criminal. Se a cautelar não for adotada, a liberdade dos imputados tornará inócuos os esforços do Estado, diante da impossibilidade, artificialmente estabelecida, de coleta de provas mínimas demonstrativas dos crimes. O resultado, bem se vê, será o *déficit* de tutela dos direitos fundamentais violados pela quadrilha, que não serão protegidos ante um processo criminal inútil.<sup>124</sup>

É esse o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado em conveniência da instrução criminal. Réu que tenta subornar co-réus, intimida testemunhas e tenta coagir acusados presos a atribuir a autoria dos crimes a estranho. Inexistência de constrangimento ilegal. HC denegado. Precedentes. Aplicação do art. 312 do CPP. É legal o decreto de prisão preventiva que, a título de conveniência da instrução criminal, se baseia em que um dos réus tenta subornar e coagir co-réus, bem como intimidar testemunhas. (STF – HC 84148 SE, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 02/06/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-01 PP-00155)

No entanto, havendo outros meios de proteger a prova e assegurar o prosseguimento do processo, não deverá ser decretada a medida cautelar prisional.

Por fim, não se justifica a prisão do imputado em nome da conveniência da instrução quando o que se pretende é prendê-lo para ser interrogado ou forçá-lo a participar de algum ato probatório (acareação, reconhecimento, etc.). Isso porque, no primeiro caso (interrogatório), o sujeito passivo não é mais visto como um 'objeto de prova', fazendo com que o interrogatório seja, essencialmente, um momento de defesa pessoal. Logo, absurdo prender-se alguém para assegurar o seu direito de defesa. No segundo caso, a prisão para obrigá-lo a participar de determinado ato probatório é também ilegal pois viola o direito de silêncio e, principalmente, o *nemo*

<sup>123</sup> RAMOS. 1998, p. 138.

<sup>124</sup> FIGUEIREDO. 2011, p. 103.

*tenetur se detegere*. Daí porque é incabível a prisão preventiva com esses fins, em que pese o emprego por parte de alguns.<sup>125</sup>

O quarto e último fundamento para a decretação da prisão preventiva é para *assegurar a aplicação da lei penal*. Pretende evitar que o acusado se subtraia à sanção penal a ser aplicada no fim do processo. Em outras palavras, busca evitar que o acusado fuja, tornando inócua a sentença penal a ele aplicada pela impossibilidade de sua execução. Representa uma tutela caracterizadamente cautelar, pois ao salvaguardar a eficácia da sentença, acaba por proteger o próprio processo.

A fuga não pode ser presunção judicial, mas sim fruto de elementos nos autos do processo que demonstrem, cabalmente, que o acusado deseja se subtrair à ação da justiça. O simples poder econômico do réu não pode autorizar o juiz a decretar sua prisão preventiva. Mister se faz que haja informações, nos autos, de que pretende fugir para impedir o império da lei.<sup>126</sup>

É também nesse sentido o entendimento da Suprema Corte:

PROCESSO PENAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. PACIENTE FORAGIDO. QUEBRA DO COMPROMISSO ASSUMIDO COM O JUÍZO PROCESSANTE. CONSTANTES MUDANÇAS DE ENDEREÇO. PROCESSO QUE SE ARRASTA HÁ MAIS DE 15 ANOS. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. ORDEM DENEGADA. 1. A prisão preventiva se acha embasada na fuga do acusado como fator de risco para a própria aplicação da lei penal. O que, segundo reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, materializa a hipótese descrita no art. 312 do Código de Processo Penal de "assegurar a aplicação da lei penal". 2. Na concreta situação dos autos, após várias tentativas de localizar o paciente, foi efetivada sua prisão preventiva. Prisão que foi revogada, ainda na década de 90, sob o compromisso de ele, paciente, informar ao Juízo eventual mudança de endereço. Compromisso que foi quebrado, paralisando a marcha processual, retomada somente mais de quinze anos depois, com o cumprimento de novo decreto de prisão. 3. Ordem denegada. (BRASIL. STF – HC 97946 SP, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 30/06/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENTA VOL-02371-03 PP-00566)

A prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei se faz evidente em dois momentos: no primeiro, quando há o *risco* de fuga do imputado, devidamente fundado em circunstâncias concretas; e num segundo momento quando a fuga *já ocorreu*, e a ordem de prisão se presta a capturá-lo para ser submetido à provável pena privativa de liberdade.

A lei 12.403/11, ao disponibilizar ao magistrado medidas cautelares diversas da prisão, cria a possibilidade de se apreender o passaporte do acusado a fim de evitar sua saída do território nacional, conforme artigo 320 do CPP:

<sup>125</sup> LOPES JUNIOR. *O novo regime...*, p. 78.

<sup>126</sup> RANGEL. 2011, p. 767.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Típico dispositivo legal inócuo e elitizado. Dos cerca de 500 mil presos do sistema penitenciário 220 mil são cautelares. Pergunta-se: destes quantos têm passaporte a ponto de poderem se furtar a aplicação da lei penal fugindo do País? E mais: a saída do País pode se dar pelo transporte viário e aí não tem controle. E ainda: entre os Países do Mercosul não se exige passaporte entre os seus integrantes. O acusado, se quiser, pode sair pela Argentina e pedir novo passaporte na Embaixada brasileira naquele País. Logo, será necessário comunicar a todas as Embaixadas a fim de que não se emitam passaporte em nome daquele réu e o detenham, se possível for, diante das regras internacionais de direito público.<sup>127</sup>

Por fim, a lei 12.403/2011 incluiu uma quinta hipótese de decretação da prisão preventiva: quando do descumprimento das medidas cautelares diversas da prisão anteriormente impostas. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 312 do CPP:

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Aqui se trata de substituição mais gravosa de cautelar pessoal, ou seja, uma vez decretada uma medida cautelar pessoal menos gravosa em substituição à prisão e o imputado descumprir as obrigações que a mesma implique, o juiz poderá decretar a prisão preventiva, já que o agente mostrou não ser merecedor do crédito que lhe foi dado em juízo, demonstrando, assim, o *periculum libertatis*.<sup>128</sup>

No entanto, ainda que descumpridas as condições da medida cautelar imposta, é imprescindível que o juiz analise, no caso concreto, a proporcionalidade no momento da revogação ou modificação, pois ainda assim a tutela pode ser garantida sem que se recorra à prisão cautelar. “Daí porque deve sempre preferir a cumulação de medidas ou adoção de outra mais grave, reservando a prisão preventiva como *ultima ratio* do sistema.”<sup>129</sup>

Conclui-se, então, que toda decisão que determinar a prisão preventiva do sujeito passivo deverá estar fundada em fatos claros e concretos, sempre justificando o *periculum libertatis*. É imprescindível um juízo neutro, sério, desvinculado de qualquer pré-juízo eleito, baseado nos elementos existentes nos

<sup>127</sup> RANGEL. 2011, p. 767.

<sup>128</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 111.

<sup>129</sup> LOPES JUNIOR. **O novo regime...**, p. 80.

autos. A fundamentação jamais poderá ser genérica, eis que juiz deverá trazer à luz os elementos nos quais se firmou a sua convicção.

No julgamento do HC nº 95.009-4/SP, o Ministro EROS GRAU, em seu voto, explicou: “a custódia cautelar voltada à garantia da ordem pública não pode, igualmente, ser decretada com esteio em mera **suposição** – vocábulo abundantemente usado na decisão que a decretou – de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinquindo. Seria indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da medida extrema.”<sup>130</sup>

<sup>130</sup> HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. CONVERSÃO DE HC PREVENTIVO EM LIBERATÓRIO E EXCEÇÃO À SÚMULA 691/STF. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA DA PRISÃO PREVENTIVA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA VIABILIZAR A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL FUNDADA NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PACIENTE. PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA. QUEBRA DA IGUALDADE (ARTIGO 5º, CAPUT E INCISO I DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO CAUTELAR COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE (ARTIGO 5º, LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ESTADO DE DIREITO E DIREITO DE DEFESA. COMBATE À CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO. ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONVERSÃO DE HABEAS CORPUS PREVENTIVO EM HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. O habeas corpus preventivo diz com o futuro. Respeita ao temor de futura violação do direito de ir e vir. Temor que, no caso, decorrendo do conhecimento de notícia veiculada em jornal de grande circulação, veio a ser concretizado. Justifica-se a conversão do habeas corpus preventivo em liberatório em razão da amplitude do pedido inicial e porque abrange a proteção mediata e imediata do direito de ir e vir. SÚMULA 691. EXCEÇÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA NA NECESSIDADE, NO CASO CONCRETO, DE PRONTA ATUAÇÃO DESTA CORTE. Esta Corte tem abrandado o rigor da Súmula 691/STF nos casos em que (i) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar e (ii) a negativa de liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou manutenção de situações manifestamente contrárias ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. PRISÃO TEMPORÁRIA REVOGADA POR AUSÊNCIA DE SEUS REQUISITOS E PORQUE CUMPRIDAS AS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES DESTINADAS À COLHEITA DE PROVAS. Prisão temporária que não se justifica em razão da ausência dos requisitos da Lei n. 7.960/89 e, ainda, porque no caso foram cumpridas as providências cautelares destinadas à colheita de provas. PRISÃO PREVENTIVA: Indeferimento, pelo Juiz, sob o fundamento de ausência de conduta, do paciente, necessária ao estabelecimento de nexo de causalidade entre ela e fatos imputados a outros investigados. Reconsideração com fundamento em prova nova consistente na apreensão de papéis apócrifos na residência do paciente. Insuficiência de provas que se reportam a circunstâncias remotas, dissociadas do contexto atual. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA: I) CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA VIABILIZAR, COM A COLHEITA DE PROVAS, A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. Tendo o Juiz da causa autorizado a quebra de sigilos telefônicos e determinado a realização de inúmeras buscas e apreensões, com o intuito de viabilizar a eventual instauração da ação penal, torna-se desnecessária a prisão preventiva do paciente por conveniência da instrução penal. Medidas que lograram êxito, cumpriram seu desígnio. Daí que a prisão por esse fundamento somente seria possível se o magistrado tivesse explicitado, justificadamente, o prejuízo decorrente da liberdade do paciente. A não ser assim ter-se-á prisão arbitrária e, por conseqüência, temerária, autêntica antecipação da pena. O propalado "suborno" de autoridade policial, a fim de que esta se abstivesse de investigar determinadas pessoas, à primeira vista se confunde com os elementos constitutivos do tipo descrit o no art. 333 do Código Penal

(corrupção ativa). II) GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL, FUNDADA NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PACIENTE. A prisão cautelar, tendo em conta a capacidade econômica do paciente e contatos seus no exterior não encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pena de estabelecer-se, mediante quebra da igualdade (artigo 5º, caput e inciso I da Constituição do Brasil) distinção entre ricos e pobres, para o bem e para o mal. Precedentes. III) GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, COM ESTEIO EM SUPOSIÇÕES. Mera suposição --- vocábulo abundantemente utilizado no decreto prisional --- de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinquindo não autorizam a medida excepcional de constrição prematura da liberdade de locomoção. Indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da prisão. IV) PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA. No decreto prisional nada se vê a justificar a prisão cautelar do paciente, que não há de suportar esse gravame por encontrar-se em situação econômica privilegiada. As conquistas das classes subalternas, não se as produz no plano processual penal; outras são as arenas nas quais devem ser imputadas responsabilidades aos que acumulam riquezas. PRISÃO PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. A prisão preventiva em situações que vigorosamente não a justifiquem equivale a antecipação da pena, sanção a ser no futuro eventualmente imposta, a quem a mereça, mediante sentença transitada em julgado. A afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade, contemplado no plano constitucional (artigo 5º, LVII da Constituição do Brasil), é, desde essa perspectiva, evidente. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em casos excepcionais. É necessária a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade individual em prol da viabilidade do processo. ESTADO DE DIREITO E DIREITO DE DEFESA. O Estado de direito viabiliza a preservação das práticas democráticas e, especialmente, o direito de defesa. Direito a, salvo circunstâncias excepcionais, não sermos presos senão após a efetiva comprovação da prática de um crime. Por isso usufruímos a tranquilidade que advém da segurança de sabermos que se um irmão, amigo ou parente próximo vier a ser acusado de ter cometido algo ilícito, não será arrebatado de nós e submetido a ferros sem antes se valer de todos os meios de defesa em qualquer circunstância à disposição de todos. Tranquilidade que advém de sabermos que a Constituição do Brasil assegura ao nosso irmão, amigo ou parente próximo a garantia do habeas corpus, por conta da qual qualquer violência que os alcance, venha de onde vier, será coibida. COMBATE À CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO. O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é por um lado a divisão do trabalho; por outro a monopolização da tributação e da violência física. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada admite-se que todos cumpram as mesmas funções. O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I). ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo --- quando o exijam a Constituição e a lei --- mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe. AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. De que vale declarar, a Constituição, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica "devassa". Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro usado contra quem se pretenda atingir. De que vale a Constituição dizer que "é inviolável o sigilo da correspondência" (art. 5º, XII) se ela, mesmo eliminada ou "deletada", é neles encontrada? E a apreensão de toda a sorte de coisas, o que eventualmente



#### 4.3.3. Hipóteses legais de admissibilidade

O CPP faz inadequada inversão lógica tratando primeiro os pressupostos (art. 312) para depois cuidar do cabimento ou condições (art. 313). Na verdade, primeiro é necessário ver se a prisão é cabível, pois não havendo previsão legal para a prisão, sequer é possível indagar sobre os pressupostos (art. 312).<sup>131</sup>

Pois bem, feita essa pequena anotação, a prisão preventiva somente será admitida se estivermos diante das hipóteses elencadas no artigo 313 do Código de Processo Penal. A lei 12.403/11 introduziu importantes mudanças na redação do dispositivo. Na antiga redação, a prisão era admitida nos seguintes casos:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

- I - punidos com reclusão;
- II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;
- III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.
- IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

A partir de maio de 2011, as hipóteses de cabimento passam a ser as seguintes:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

- I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
- II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do

---

privará a família do acusado da posse de bens que poderiam ser convertidos em recursos financeiros com os quais seriam eventualmente enfrentados os tempos amargos que se seguem a sua prisão. A garantia constitucional da personalidade da pena (art. 5º, XLV) para nada vale quando esses excessos tornam-se rotineiros. DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. A primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação? Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII), o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade. Sendo a privação da liberdade a mais grave das constrições que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão. Ordem concedida. (BRASIL. STF – HC 95009 SP, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 06/11/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENTA VOL-02346-06 PP-01275)

<sup>131</sup> NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/11: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 69

Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

A nova lei pretendeu diminuir o rol de crimes que, a princípio, admitiriam a prisão preventiva, evidenciando aqui seu caráter descarcerizador.

O inciso primeiro do artigo afirma que será cabível nos *crimes*, ou seja, não será admitida em hipótese alguma se verificada a ocorrência de uma contravenção penal; *dolosos*, os crimes culposos estão excluídos do rol; *cuja pena privativa de liberdade seja superior a quatro anos*, não abrangendo, inclusive, os que prevêem pena igual a quatro anos, excluindo aqui os punidos com detenção.

Para os demais crimes dolosos cuja pena máxima seja igual ou inferior a quatro anos, a prisão somente será admitida em caráter excepcional se for o acusado reincidente – desde que condenado pela prática de outro crime doloso com sentença penal transitada em julgado; quando preso em flagrante delito e, tendo sido imposta medida cautelar diversa, esta restar descumprida. Note-se que para essa última hipótese, o juiz poderá buscar a cumulação com outra medida diversa com base na proporcionalidade, deixando a prisão preventiva somente para os casos em que esta cumulação se mostrar insuficiente.

Por fim, a decretação sempre deverá ser precedida da análise fiel do artigo 312 conjugado com o artigo 313, concluindo-se que ainda que seja o crime doloso punido com pena superior a quatro anos, se não houver *periculum libertatis* não há que se falar em prisão; e o inverso também é válido, pois ainda que haja *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*, se não estiver dentro dos limites do artigo 313 a prisão será ilegal.

O inciso II trata da situação do réu *reincidente* em crime doloso. Aqui, admite-se a prisão preventiva se já tiver sido o réu condenado por outro crime doloso, qualquer tenha sido a sua pena, por sentença transitada em julgado, feita a ressalva do artigo 64, I, do Código Penal, que fala da prescrição da reincidência.

No entanto, não basta apenas a situação de reincidência para justificar a medida: devem estar presentes também o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* do artigo 312 do CPP. “Infelizmente, optou o legislador em seguir na linha máxima de estigmatização do reincidente, em flagrante *bis in idem*.”<sup>132</sup> Pensar a prisão cautelar justificada apenas pelo fato de ser o réu reincidente traduz uma evidente violação ao princípio da proporcionalidade, além de mitigar a verdadeira finalidade da prisão cautelar, chegando a beirar a inconstitucionalidade da medida. “Reincidência é a instituição do *bis in idem*. Quer-se dizer: punição duas vezes pelo mesmo fato em afronta a regra proibitiva clara da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): art.8º, item 4.”<sup>133</sup>

Para Aury Lopes Júnior, a reincidência tem sua constitucionalidade bastante criticada e até duvidosa, não justificando, por si só, a decretação da medida cautelar. Já Paulo Rangel afirma que a reincidência, quando considerada como causa de majoração da pena, é inconstitucional, ferindo o princípio do *ne bis in idem*; entretanto, nada impediria a decretação da prisão preventiva do acusado apenas pelo fato de ser reincidente.

Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que nesses casos, é possível a condenação mesmo sendo o crime doloso punido com pena máxima igual ou inferior a quatro anos, eis que a situação de reincidência em outro tipo doloso justificaria a medida cautelar.

Salienta-se, contudo, que os efeitos da reincidência cessam se entre a data da extinção do cumprimento da pena e a data do novo fato criminoso já se passaram cinco anos ou mais.

A terceira situação fática presente no inciso III autoriza a prisão cautelar se o crime envolver *violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo, ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*.

A Lei 11.340/06 já havia incluído nova modalidade de autorização da prisão preventiva nos crimes praticados com violência contra a mulher, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. A Lei 12.403/11 foi além da redação primitiva, ampliando o alcance do dispositivo aos delitos cometidos com violência

---

<sup>132</sup> LOPES JÚNIOR. **O novo regime...**, p. 83.

<sup>133</sup> RANGEL. 2011, p. 769.

contra a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou qualquer pessoa portadora de deficiência – mas sempre no contexto de coabitação da violência doméstica.

Pode parecer, à primeira vista, que será admissível a prisão preventiva em todos os crimes, independentemente da pena ser de reclusão ou de detenção, que *envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo, ou pessoa com deficiência*. Por exemplo, o crime de lesão corporal de natureza leve (art. 129, *caput*, e §9º do CP) com pena de detenção de 03 meses e 03 anos admitiria a custódia cautelar. **Nada mais equivocado.**<sup>134</sup>

Para o autor, o legislador não precisaria criar um inciso a mais para contemplar essas situações. É como se os outros incisos dos artigos 312 e 313, por si sós, não fossem suficientes para autorizar a medida cautelar nessas hipóteses, quando necessárias.

Aury Lopes Jr. afirma que “não criou o legislador um novo caso de prisão preventiva, ou seja, um novo *periculum libertatis*, pois, para isso ocorrer, a inserção deveria ter sido feita no art. 312, definindo claramente qual é o risco que se pretende tutelar.”<sup>135</sup>

Em segundo lugar, o artigo 313 do CPP deve ser interpretado de forma sistemática. Portanto, a prisão preventiva só será admitida se for um crime doloso com pena de reclusão superior a quatro anos, ou for o réu reincidente. Evidente, portanto, que o crime de lesões corporais de natureza leve, bem como o §9º, não admitiriam a prisão preventiva.

Em terceiro lugar, se aplicado o inciso para justificar a prisão, esta só seria cabível se para garantir o cumprimento das medidas protetivas – ou seja, necessário se faz o seu descumprimento, se caracterizando como um pressuposto legal obrigatório. “Não poderá o juiz decretar a prisão preventiva **sem antes adotar as** medidas protetivas e elas serem descumpridas.”<sup>136</sup>

Rangel sustenta que nessas hipóteses a medida cautelar perde seu caráter instrumental, qual seja, a tutela do processo, para tutelar o cumprimento de medidas administrativas de proteção da ofendida. O Estado deveria buscar outras formas coercitivas de assegurar o cumprimento da medida protetiva, que não a prisão preventiva. Ainda, salienta que, entendendo ser um tipo de violência que mereça um rigor maior, deveria o legislador prever um aumento considerável de pena para que

<sup>134</sup> RANGEL. 2011, p. 782.

<sup>135</sup> LOPES JUNIOR. *O novo regime...*, p. 84.

<sup>136</sup> RANGEL. *Loc. cit.*

se justifique, ao fim do processo, a imposição da pena privativa de liberdade – justificando também, ao seu passo, a medida cautelar prisional.

É a figura da *periculosidade social do acusado relativa às exigências de tutela da coletividade* que se restabelece, de triste memória beccariana, fazendo com se transforme a custódia cautelar preventiva de medida processual em medida de polícia.<sup>137</sup>

Conclui, então, que o Estado deve buscar outras medidas para garantir a proteção da vítima, que não a custódia cautelar, prevalecendo o mínimo intervencionista do Estado na esfera das liberdades individuais e públicas.

A lei 12.403/11 introduziu ainda um parágrafo único, prevendo a possibilidade de prisão cautelar *quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.*

Para que seja decretada a prisão preventiva do imputado por haver dúvida em relação à identidade civil são imprescindíveis o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Mais do que isso, até por uma questão de proporcionalidade, pensamos ser necessária uma interpretação sistemática à luz do inciso I do art. 313 (topograficamente situado antes, como orientador do demais), para que se exija um crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos.<sup>138</sup>

O principal problema que se apresenta aqui é a constatação do *periculum libertatis*, que acaba se limitando a uma presunção de perigo frente à falta de identificação civil do acusado. Por esse motivo é que se faz imperiosa a imediata colocação em liberdade após a identificação, quando não subsistir outro motivo que justifique a medida.

A leitura desse dispositivo deve ser feita em conjunto com a Lei 12.037/09, que regulamenta a identificação criminal. A lei dispõe que o civilmente identificado, mediante apresentação da carteira de identidade, de trabalho, profissional, passaporte, identificação militar, ou outro documento público que forneça a identificação do indiciado, não poderá ser submetido à identificação criminal – datiloscópica ou fotográfica. Não sendo possível a identificação civil, e depois de realizada a identificação criminal, dependendo do caso poderá ser decretada a prisão preventiva (desde que observadas as hipóteses de cabimento).

Em suma, essa nova hipótese de cabimento de prisão preventiva deve ser analisada e empregada com cautela, observando-se os casos de identificação

<sup>137</sup> RANGEL. 2011, p. 783.

<sup>138</sup> LOPES JUNIOR. *O novo regime...*, p. 85.

criminal previstos no art. 3º da Lei 12.037/09 – somente poderá ser decretada a prisão se for uma situação fática que autoriza a identificação criminal – e cessando tão logo a identificação seja realizada com sucesso.

Da análise de todo o exposto neste capítulo, conclui-se que a para que a prisão preventiva seja decretada, o juiz *primeiro* deverá verificar se o fato se encaixa dentro dos quais a lei permite a medida (art. 313 do CPP); *segundo*, se está presente o *fumus comissi delicti*, se há provas da materialidade e indícios suficientes de autoria; *terceiro*, se existe *periculum libertatis*, se a medida vai satisfazer a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, assegurar a aplicação da lei penal ou a instrução criminal. Feita essa ponderação, a preventiva somente será decretada se as demais cautelares não se revelarem suficientes ou adequadas, mediante decisão devidamente fundamentada da autoridade judiciária.

Apenas a título de complementação, com relação às medidas cautelares diversas da prisão, é

importante sublinhar que não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostos. Inclusive, se durante uma prisão preventiva desaparecer completamente o requisito e/ou fundamento, deve o agente ser libertado sem a imposição de qualquer medida alternativa. Em tese, se alguém foi preso, por exemplo, para tutela da prova, uma vez que essa foi colhida, deverá o juiz conceder a liberdade plena, pois desapareceu o fundamento da prisão preventiva.

A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação.<sup>139</sup>

Mas ainda afirma o autor que terão cabimento as medidas alternativas nos crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a quatro anos – situações em que o artigo 313, inciso I, veda a prisão preventiva – desde que nas hipóteses do artigo 312 do CPP. E é aqui que reside o maior medo: a utilização maciça e, às vezes, até indevida das medidas diversas.

O artigo 313 do CPP, que funciona como um limitador da prisão preventiva, poderá funcionar como um vetor nas medidas cautelares diversas, não só para zelar pela harmonia e coerência do ordenamento em relação às cautelares, mas também pelo seu inegável caráter *substitutivo*, conforme disposto no artigo 282, §6º, do CPP, devendo obedecer às mesmas regras da medida que pretende substituir.

<sup>139</sup> LOPES JUNIOR. O novo regime..., p. 125.

Assim, Aury Lopes Junior sintetiza a aplicação da prisão preventiva e das medidas cautelares da seguinte maneira:

- nos crimes dolosos cuja pena máxima é superior a quatro anos e presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, terão prioridade as medidas cautelares diversas e, somente quando se demonstrarem inadequadas e/ou insuficientes, poderá ser decretada a prisão preventiva;

- nos crimes dolosos cuja pena máxima é inferior ou igual a quatro anos e exista *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, somente poderá ser decretada a medida cautelar diversa;

- nos crimes dolosos cuja pena máxima é inferior ou igual a quatro anos e exista *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, e esteja presente uma ou as duas situações dos incisos II e III do artigo 313 do CPP, poderá ser decretada a medida cautelar diversa ou, *excepcionalmente*, a prisão preventiva.

## 5. ASPECTOS DA LEI 12.403/11 DO CENÁRIO POLÍTICO-CRIMINAL BRASILEIRO

### 5.1. Reflexões sobre o cenário atual

A expressão 'expansão do direito penal' converteu-se em um *topos* característico do atual debate político criminal. Com esta referência à expansão, o que se quer salientar, essencialmente, é que, do ponto de vista político-criminal, não vivemos uma fase caracterizada pela descriminalização, mas por um claro processo crescente de criminalização que, por outro lado, tendo em conta o horizonte atual de reformas, parece não ter fim.<sup>140</sup>

A expansão do controle realizado pelo direito penal o converte em um recurso primário para gestão de conflitos sociais. O direito penal tem deixado de ser a *ultima ratio* do sistema, para se tornar a *prima ratio*, ou muitas vezes até mesmo a *sola ratio*.

Atualmente, a obsessão por segurança vem se tornando uma tendência quase que homogênea na sociedade. Nesse contexto,

o alarme social que se cria em torno da criminalidade acaba por provocar um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão e uma obsessão por segurança, ainda que simbólica. Como resultado, observa-se um controle social autoritário, identificável, principalmente, pelo encarceramento em massa das classes populares.<sup>141</sup>

Verifica-se a emergência do Estado Punitivo, caracterizado pela redução intervencionista no âmbito social e econômico e aumento da tutela no cenário criminal, ideologicamente ligado a um suposto aumento da própria criminalidade. Vincula-se o “sucesso” das políticas econômicas a essa nova política criminal da intervenção máxima. É projetada na gestão pública a responsabilidade de controlar todos os conflitos sociais.

O direito penal se reveste de uma função meramente simbólica, qual seja, “atuar como mecanismo tranquilizador da opinião pública que, hegemonicamente, busca amparo e assistência ao invés de reconhecimento dos seus direitos.”<sup>142</sup>

<sup>140</sup> SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**. Nº 07 – maio-agosto de 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/revistaLiberdades.php>. Acesso em: 09/11/2012. p. 23.

<sup>141</sup> PASTANA, Débora Regina. Estado Punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais 2009** – RBCCrim nº 79. p. 314.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 315.



Assim, essa atuação estatal apresenta duas constatações importantes. No mesmo momento em que incentiva a desconfiança no Judiciário, acaba por consagrar a jurisdição criminal, desqualificando qualquer solução apresentada ao conflito que não seja penal. A consequência disso é muito grave: um aumento vertiginoso do número de detentos, restringindo-lhes a liberdade.

Esse encarceramento em massa reflete, na realidade, uma estrutura de dominação contemporânea que mascara uma exclusão capitalista ainda mais perversa, o isolamento e a neutralização dos miseráveis em praticamente todo o globo.<sup>143</sup>

Essa exclusão do pobre tem como escopo evitar desordens em razão da desregulamentação da economia, fazendo por aumentar a intervenção do aparelho policial e judiciário nessas classes definidas como “classes de criminosos”. Não é o nível de criminalidade que vai determinar o índice de encarceramento, mas sim as decisões políticas, econômicas e culturais de uma sociedade. Tem a ver, portanto, com o maior ou menor número de desocupados, miseráveis, excluídos do mercado de trabalho. Esta parece ser a única política pública do capitalismo tardio: o programa habitacional do cárcere.

Essa massa excluída do trabalho e, conseqüentemente, do consumo, fica submetida a um gigantesco sistema penal responsável não mais por disciplinar os desviantes, mas sim por conter o refúgio social produzido pelo recente contexto liberal.<sup>144</sup>

No entanto, essa teoria não é recente. Karl Marx já havia discutido a necessidade de afastamento do sistema em virtude da necessidade da burguesia.

O crime retira do mercado de trabalho parte da população supérflua e por isso reduz a concorrência entre os trabalhadores, impede, até certo ponto, a queda do salário abaixo do mínimo, enquanto a luta contra o crime absorve parte dessa população. O criminoso aparece como uma daquelas ‘compensações’ naturais, que restabelecem um equilíbrio adequado e abre ampla perspectiva de ocupações ‘úteis’.<sup>145</sup>

Inegavelmente, é esse o contexto em que vivemos hoje. Dados da pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que elaborou uma radiografia do Sistema Carcerário Brasileiro revelaram que, em 2008, somávamos mais de 446 mil presos, dos quais aproximadamente 192 mil eram presos provisórios.<sup>146</sup>

De 2000 até 2008, o número de condenados passou de 106.512 para 254.738, representando mais que o dobro em apenas oito anos. No mesmo período,

<sup>143</sup> PASTANA. 2009, p. 316.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 317.

<sup>145</sup> MARX, Karl. **O Capital**. Livro 4. Vol. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980. p. 383.

<sup>146</sup> **SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL**. 2.º Encontro Nacional do Judiciário. Belo Horizonte - MG, 16.02.09. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres\\_dr\\_erivaldo.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres_dr_erivaldo.pdf). Acesso em 21 de novembro de 2012.

o número de presos provisórios subiu de 42.248 para 191.949, número quase cinco vezes maior. No Paraná, o número de presos que ainda aguardava julgamento em 2008 representava 44,09% da população carcerária.<sup>147</sup>

## 5.2. A criminalidade na perspectiva da mídia

Os grandes avanços da tecnologia, da globalização e de grande fluxo de mercadorias e capitais, e a velocidade com que isso vem ocorrendo e sendo comunicado, traz à tona a preocupação cada vez mais crescente com as novas modalidades que a criminalidade vem assumindo. Nesse contexto, o discurso penal pautado na teoria clássica do delito já não encontra espaço na contemporaneidade, eis que *supostamente* incapaz de trazer uma resposta a essas novas versões (ou visões) do crime.

A influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa nos processos de formação da opinião sobre os mais diversos assuntos é uma das características mais marcantes da globalização. Com efeito, na sociedade de consumo contemporânea, os meios de comunicação são utilizados como mecanismos para fomentar crenças, culturas e valores, de forma a sustentar os interesses – invariavelmente mercadológicos – que representam.<sup>148</sup>

As demandas sociais passam a instigar proteção e punição, buscando solução na normatividade penal, tentando fazer com que ele se ocupe e possa prever todas, ou quase todas, as condutas humanas lesivas. Assim, o Direito Penal se torna alvo de grandes e consequentes reformas, sempre buscando a ampliação do seu raio de incidência.

Uma análise mais detida de tais 'reformas' e consequente ampliação do campo de incidência do Direito Penal revela que elas são tributárias, em grande parte, da influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa na formação da opinião pública acerca do crime e da criminalidade, por meio do processo de 'importação' de discursos repressivistas que encontram alta receptividade na população cada vez mais atemorizada diante das estatísticas alarmantes.<sup>149</sup>

<sup>147</sup> **SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL.** 2.º Encontro Nacional do Judiciário. Belo Horizonte - MG, 16.02.09. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres\\_dr\\_erivaldo.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres_dr_erivaldo.pdf). Acesso em 21 de novembro de 2012.

<sup>148</sup> CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. "Deu no jornal": notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal. **Revista liberdades**. Nº 02 – setembro-dezembro de 2009. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/revistaLiberdades.php>. Acesso em: 09/11/2012. p. 58.

<sup>149</sup> *Idem*.

A crença da mídia é “na pena como rito sagrado de solução de conflitos”<sup>150</sup>  
 O fundamento que legitimaria a pena é o menos importante: se ela se revestiria de caráter retributivo, ou então preventivo. “Não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas.”<sup>151</sup>

A busca pelo furo de notícia, pela exclusividade da matéria, pelo sensacionalista e espetacular, pelo que realmente dá audiência – tudo isso baseado em índices econômicos, claro – e a seleção do que vai ser visto, lido e ouvido faz com que a mídia produza uma massa de alienados que irão reproduzir aquilo que eles querem, o que eles escrevem e expõem.

O perigo decorrente disso é justamente o fato de que a mídia de massa impõe ao conjunto da sociedade uma forma bastante peculiar de enxergar os ‘problemas sociais’, fruto de uma lógica mercadológica que busca, a todo custo, pela audiência, ou seja, pelo sucesso comercial.<sup>152</sup>

Em decorrência desses interesses mercadológicos, o crime acaba se mostrando como um produto altamente rentável, respondendo às expectativas das audiências na medida em que transforma alguns casos mais peculiares em *best-sellers* do noticiário, conseqüentemente aumentando a insegurança da sociedade nos institutos penais e também o clamor popular por uma intervenção punitiva mais severa.

Algumas características das representações midiáticas da criminalidade merecem destaque: a valorização do bem e do mal, construindo um discurso dicotômico sólido do que é bom ou mal, certo ou errado, quase como um código de valores sociais; a representação de casos cotidianos como espetáculos; a dramatização do desenrolar processual, elencando cada fato novo como um acontecimento inesperado e surpreendente; geração de um efeito característico, a difusão do medo e do alarde social em relação a alguns crimes, incrementando o temor da população em ser a próxima vítima.

Essa vagueza de conceitos que realmente se prestem a legitimar o discurso encontra contribuição maior ainda quando especialistas, diante de um caso concreto, tornam-se autoridades no assunto. No entanto, adverte Batista, desde que as opiniões estejam de acordo com o discurso da mídia. Faz referência a Bordieu

<sup>150</sup> BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/>. Download em 03/08/2011. p. 3.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>152</sup> CALLEGARI; WERMUTH. 2009, p. 60.

quando menciona os *fast-thinkers*, pensadores preparados para reproduzir ideias prontas, que não encontram contestação por parte dos destinatários por já serem pré-concebidas, convencionais.

A utilização mercadológica do medo da criminalidade e a conseqüente busca, por meio do recrudescimento punitivo, da 'solução' para o problema, transformam os meios de comunicação de massa em agências que, na sociedade contemporânea, representam uma espécie de 'privatização parcial do poder punitivo' (BATISTA, 2009, p. 19), responsáveis, não raro, por julgamentos que só serão posteriormente *ratificados* pelo Judiciário, salvo nos casos em que o alarde midiático e a demonização daquele que foi escolhido na ocasião para representar a 'personificação do mal' são tão incisivos que transformam o julgamento midiático em definitivo, por meio de execuções privadas, levadas a cabo por quem entrará para a história como 'justiceiro'.<sup>153</sup>

A principal consequência, como já mencionado acima, é a influência política que esse medo midiático conduz, culminando na elaboração de leis que cada vez mais alargam a intervenção estatal, a influência do Direito Penal nas relações sociais, bem como leis que recrudescem o tratamento do criminoso na tentativa de diminuir o alarde da população, proporcionando uma falsa sensação de segurança.

Também aqui pouco importa que a criminalização provedora seja uma falácia, uma inócua resposta simbólica (com efeitos reais) atirada a um problema real (com efeitos simbólicos): acreditar em bruxas costuma ser a primeira condição de eficiência da justiça criminal.<sup>154</sup>

A legislação penal cada vez mais intervencionista mostra-se muito conveniente aos interesses políticos a partir do momento em que criam uma falsa ilusão de tranquilidade e segurança, revelando uma função manipulativa. Os interesses não se orientam no sentido de uma transformação da realidade, mas sim da imagem desta realidade que é vista pelo espectador.

Nesse sentido, busca-se apenas dar a uma população cada vez mais atemorizada diante do medo generalizado da violência e das inseguranças da sociedade líquida pós-moderna uma sensação de 'tranquilidade', restabelecendo a confiança no papel das instituições e na capacidade do Estado em combatê-los por meio do Direito Penal. Não se buscam, portanto, medidas eficientes no controle da violência ou da criminalidade, mas tão somente medidas que 'pareçam' eficientes e que, por isso, tranquilizam a sociedade como um todo.<sup>155</sup>

O grande problema que o ordenamento jurídico enfrenta hoje é o utilitarismo que se impõe na atividade legislativa. As leis são elaboradas com base no que é "construído" pelos meios de comunicação, ou seja, com base no temor social, na

<sup>153</sup> CALLEGARI; WERMUTH. 2009, p. 63.

<sup>154</sup> BATISTA. *Mídia e Sistema Penal...*, p. 5.

<sup>155</sup> CALLEGARI; WERMUTH. *Op. cit.*, p. 68.

necessidade de se sentir seguro, protegido – justificando simbolicamente, assim, a maior intervenção penal.

No Brasil, como se nota na elaboração da legislação penal dos últimos anos, a primazia é a do eficientismo utilitarista, com fins políticos e de promoção de determinadas campanhas pela segurança do cidadão. Essa Política Criminal tem imperado na hora da elaboração legislativa em matéria penal, principalmente quando se verifica um aumento na comissão de determinados delitos ou de insegurança do cidadão, fato este promovido pelos meios de comunicação em campanhas massivas no sentido de que o Direito Penal deve intervir. Nestes casos, a proposta sempre é a de aumento das penas e a de criminalização de novas condutas, embora o que se note na prática é que os delitos tradicionais são os que sofrem esse aumento nas penas.<sup>156</sup>

De tudo que já foi exposto, entende-se que o debate sobre a intervenção penal não se centra na norma, mas sim no momento que a antecede, qual seja, a construção do discurso político-criminal, na orientação política pela qual se guiará o legislador, e elegerá, por conseguinte, os seus instrumentos de repressão.

A tendência moderna dos Estados, inclusive os que não possuem qualquer programa de Política Criminal, é no sentido da segurança do cidadão, tolerância zero, lei e ordem, isto é, maximalista na parte punitiva e minimalista na parte social. Estados mínimos no social e máximos no controle social, onde se mostra que as políticas duras são objeto de desejo da sociedade de consumo.<sup>157</sup>

Nesse discurso, as medidas cautelares aparecem como grandes auxiliadoras desse processo crescente de intervenção máxima para, simbolicamente, oferecer segurança e tranquilidade. A sensação que é oferecida ao cidadão quando é anunciado pela mídia que o criminoso foi preso em flagrante, ou que o juiz decretou sua prisão é de alívio, sabe-se que menos um “bandido” está solto.

Tensões graves se instauram entre o delito-notícia, que reclama imperativamente a pena-notícia, diante do devido processo legal (apresentado como um estorvo), da plenitude de defesa (o *locus* da malícia e da indiferença), da presunção de inocência (imagine-se num flagrante gravado pela câmera!) e outras garantias do Estado democrático de direito, que só liberarão as mãos do verdugo quando o delito-processo alcançar o nível de delito sentença (= pena notícia).<sup>158</sup>

Quando da publicação da lei objeto deste trabalho, em maio de 2011, numerosos foram os discursos nos meios de comunicação de que se pretendia assegurar (ainda mais) a impunidade no Brasil, muitos até conferindo a ela o título de ‘Lei da Impunidade’. Conceber a ideia de que ela poderia restituir a liberdade de mais de 100 mil presos (que, saliente-se, a grande maioria não deveria estar mesmo

<sup>156</sup> CALLEGARI; WERMUTH. 2009, p. 72-73.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>158</sup> BATISTA. **Mídia e Sistema Penal...**, p. 4.

lá), beirou o absurdo, tendo até quem dissesse que a lei ofenderia as Convenções da ONU!<sup>159</sup>

E não foi difundido só por leigos, muitos “entendidos” do assunto, profissionais do direito também manifestaram seu repúdio à nova normativa. O bordão enunciado foi: “Esvazia-se as prisões e lotam-se os cemitérios. E viva a impunidade!”

Não cabe aqui discutir se lhes assiste razão ou não. O que é certo é que a prisão realmente não cumpre, e parece que nunca ter conseguido efetivamente cumprir, suas funções. E a primordial delas, numa perspectiva humanista, menor dessocialização a posterior reintegração do detido possibilitando seu convívio em sociedade, é a menos alcançada quando se coloca o cidadão dentro da escola do crime.

Não se quer, com esta Lei, a impunidade. A questão da punição estará ligada com a pena, por suas teorias mais ou menos discutíveis. Todavia, a prisão provisória (em sua perspectiva antiga) e agora as novas medidas cautelares não podem significar punição. E buscam a permanência do convívio em família, do acesso à educação ou ao trabalho, da vida em sociedade. Não parece adequado que se viabilize o retorno ao convívio em sociedade quando a primeira atitude tomada é a imediata exclusão dela.

### 5.3. Críticas à prisão provisória

O panorama da prisão provisória no Brasil é alarmante, tendo em vista que grande parte dos que aguardam o julgamento no cárcere não deveriam ali estar por faltar argumentos que justifiquem essa prisão.

Aury Lopes Júnior afirma, em sua obra, que as prisões para garantia das ordens pública e econômica são de constitucionalidade duvidosa. Prender para garantia da aplicação da lei da penal ou por conveniência da instrução revelam o caráter verdadeiramente cautelar da medida, ainda que a distorção dos conceitos acabem por banalizá-las.

Fica evidenciado, assim, que as medidas cautelares não se destinam a ‘fazer justiça’, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a

---

<sup>159</sup> Retirado do endereço: <http://routenews.com.br/index/?p=7735>. Acesso em 29/11/2012.

serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado.<sup>160</sup>

A partir disso, não se vislumbra esse caráter instrumental na prisão para garantia da ordem pública ou da ordem econômica, revelando-se, assim, substancialmente inconstitucionais. É evidente o intuito do legislador de “transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de *segurança pública*.”<sup>161</sup>

A prisão para garantia da ordem econômica ou da ordem pública acaba assumindo contornos das funções da pena: prevenção geral e prevenção especial, na medida em que o legislador pretende oferecer segurança à sociedade, caracterizando uma verdadeira *pena antecipada* ao réu, desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão cautelar, servindo como uma inaceitável *justiça sumária*.<sup>162</sup>

É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo.

Também a ordem pública, ao ser confundida com o tal ‘clamor público’, corre o risco de manipulação pelos meios de comunicação de massas, fazendo com que a dita opinião pública não passe de mera *opinião publicada*, com evidentes prejuízos para todos.<sup>163</sup>

Falar em prisão para garantia da ordem econômica beira também a inconstitucionalidade. A prisão em nada diminui ou remedia a lesão econômica. Conforme afirma Pacelli de Oliveira, já citado neste trabalho, a melhor medida seria o sequestro e a indisponibilidade de bens, o engessamento patrimonial do acusado para evitar a reiteração criminosa. A prisão preventiva de nada serve para garantir a ordem econômica.

Não resta dúvida de que nessas hipóteses a prisão provisória afasta-se, por completo, de sua natureza cautelar instrumental e/ou final, transformando-se em meio de prevenção geral e especial e, portanto, em punição antecipada, uma vez que a medida cautelar jamais pode ter como finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não infrinja mais a lei penal, bem como o consequente desestímulo de outras pessoas ao cometimento de crimes semelhantes, fins exclusivos da sanção criminal.<sup>164</sup>

<sup>160</sup> LOPES JUNIOR. **O novo regime...**, p. 90.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>162</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 183.

<sup>163</sup> LOPES JUNIOR. *Op. cit.*, p. 93.

<sup>164</sup> DELMANTO. *Op. cit.*, p. 192.

Ainda, pode vir a prisão preventiva decretada com fundamento na ordem pública, para garantia do restabelecimento da credibilidade nas instituições.

É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida.<sup>165</sup>

É preocupante, do ponto de vista das garantias já alcançadas, que a crença no direito e nas instituições jurídicas dependa da prisão de cidadãos.

No que tange à prisão preventiva para evitar a reiteração criminosa, está se atendendo uma demanda de polícia e não processual, completamente alheia à função instrumental de qualquer medida cautelar.

Além de ser um diagnóstico impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência, e ela permanece intacta em relação a fatos futuros.<sup>166</sup>

Pelo exposto, o principal cuidado a ser tomado ainda em sede de medidas cautelares é o de que a tutela imposta não se traduza em uma verdadeira antecipação da pena, visto que as duas se fundam em perspectivas completamente diversas. Isso é muito importante.

É bem verdade que a prisão preventiva se identifica estruturalmente com a pena: no que consiste o resultado daquele fenômeno de antecipação, que veio à luz no capítulo antecedente. Todavia, apesar de tal identidade, a tutela cautelar é fundada em pressupostos diversos daqueles nos quais se baseiam a tutela definitiva. A primeira traz a sua justificação na existência de indícios suficientes de culpabilidade; a segunda na existência de provas da culpabilidade.<sup>167</sup>

A prisão cautelar deve ser um instituto de aplicação extremamente restrita, somente quando houver indícios que realmente justifiquem a sua aplicação, e não ao bel prazer do juiz.

#### 5.4. Lei 12.403/11: rompimento com o paradigma encarcerizador dominante?

<sup>165</sup> LOPES JUNIOR. **O novo regime...**, p. 96.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>167</sup> DE LUCA. 1953, p. 131. Trad. Livre. No original: È bensì vero che la carcerazione preventiva si identifica strutturalmente con la pena: in che consiste il risultato di quel fenomeno di anticipazione, che abbiamo messo in luce nei capitoli precedenti. Tuttavia, ad onta di questa identità, la tutela cautelare si fonda su presupposti diversi da quelli su cui si basa la tutela definitiva. La prima trae la sua giustificazione dall'esistenza di sufficienti indizi di colpevolezza; la seconda dall'esistenza delle prove di colpevolezza.



Elaborada dentro desse contexto acima pontuado de encarcerização em massa, de realocação dos “improdutivos” econômicos direto para o sistema penal, a lei 12.403 de 04 de maio de 2011 surge, após quase uma década de tramitação, como um embrião do rompimento com o cárcere.

No último século, a falência do instituto da prisão, bem como de suas finalidades principais roubam o cenário do direito penal. Com efeito, o sistema penal não consegue reabilitar ninguém para o convívio social, pelo contrário, representa-se como uma instituição violenta e repleta de opressões, que servem apenas para reforçar os valores negativos do preso. É impossível tentar restaurar alguém para o convívio em liberdade em uma situação de não liberdade.

A prisão, em vez de conter a delinquência, tem lhe servido de estímulo, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda a sorte de vícios e degradações.<sup>168</sup>

Nesse contexto, as discussões legislativas passam, timidamente, a se orientar a partir de um viés contrário ao cárcere.

Veja-se, por exemplo, que, desde o ano de 1998, com a Lei 9.714, a nossa legislação penal passou a *ampliar as hipóteses* de aplicação da pena *restritiva de direitos*, permitindo a substituição da privativa da liberdade para as condenações *não superiores a quatro anos*, se praticado o fato sem violência ou grave ameaça (art. 44, I, CP), não for o réu reincidente em crime doloso (art. 44, II, CP) e as circunstâncias pessoais do agente o recomendarem (art. 44, III, CP). O objetivo é óbvio: evitar o excesso de privações de liberdade.<sup>169</sup>

A lei 12.403/11, apesar de prever mais uma hipótese de cabimento de prisão preventiva quando do descumprimento de eventual medida alternativa anteriormente imposta, no geral apresenta-se como um grande avanço no contexto processual penal brasileiro. Primeiramente, rompe com o binário reducionista do qual dispunha o juiz antes da lei, qual seja, a prisão preventiva ou a liberdade provisória, oferecendo-lhe um rol de medidas substitutivas da prisão. Em segundo lugar, propõe limites circunstanciais verdadeiramente excepcionais, admitindo-se a prisão somente em casos extremos, nos quais nenhuma outra medida seria capaz de tutelar o processo.

A lei pecou por manter alguns conceitos tão abstratos e amplos, como, por exemplo, ordem pública, conveniência da instrução, entre outros. Mas, no geral, pretende sim excepcionar o cabimento da prisão preventiva.

<sup>168</sup> BITENCOURT. 2009, p. 111.

<sup>169</sup> OLIVEIRA. 2011, p. 15.

É dizer: agora, com as novas regras, somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independentemente da instância em que se encontrar o processo.<sup>170</sup>

“Mas de nada servirá uma mudança legislativa dessa magnitude se não houver o principal: **o rompimento da cultura inquisitorial-encarcerizadora dominante.**”<sup>171</sup> Para que os reflexos da lei produzam seus efeitos pretendidos, a mudança deve partir dos atores judiciais. Se não houver mudança, corremos o risco de manter a situação assim como está, sem qualquer evolução democrática. Ou pior: a banalização e a distorção das medidas alternativas à prisão, conduzindo a uma expansão desenfreada do controle penal.

---

<sup>170</sup> OLIVEIRA. 2011, p. 9.

<sup>171</sup> LOPES JUNIOR. **O novo regime...**, p. 4.

## 6. CONCLUSÃO

Não restam dúvidas de que a lei 12.403/11 apresentou ao ordenamento processual penal um novo enfoque com relação ao tratamento dado às medidas cautelares. A lei foi extremamente feliz em enfatizar o caráter *cautelar* de qualquer providência tomada antes da sentença final, evidenciando assim a necessidade de se observar todos os requisitos e elementos inerentes a estes procedimentos, principalmente a natureza instrumental, para que não se caracterize uma antecipação da pena, uma punição antes da sentença.

Ressalta-se, portanto, que a regra é a liberdade do acusado. Esta só será tolhida, quer seja pela prisão preventiva ou por medida cautelar diversa, se for necessária e adequada a tutelar a ordem pública, a ordem econômica, garantir a aplicação da lei penal ou for conveniente para a instrução criminal. A medida adotada deverá ser proporcional à pena abstratamente projetada para o delito praticado, jamais podendo ser mais gravosa que a pena principal. Deverão estar presentes os elementos que comprovem a materialidade do delito e suficientes indícios de sua autoria; e a liberdade do acusado deve representar um perigo ao normal desenvolvimento do processo.

A lei cometeu um grave erro em não preconizar o direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição). As medidas cautelares, em especial a prisão preventiva, por serem regidas pelo princípio da provisoriedade, deveriam ter prazos máximos de duração claramente definidos em lei e com sanção processual na hipótese de sua inobservância. Ter prazo sem qualquer sanção é sinônimo de ineficácia. Pior é sequer ter um prazo.

Com relação às medidas cautelares diversas da prisão, Lopes Junior afirma na nota à 2ª edição de sua obra, que “o ideal era enfatizar o caráter substitutivo, ou seja, somente nos casos em que coubesse a prisão preventiva e para substituí-la.”<sup>172</sup> No entanto, está convencido de que as medidas alternativas terão cabimento não só nesses casos, mas também naqueles em que não seria cabível a prisão preventiva – ou seja, cujo apenamento máximo não excede quatro anos. A posição majoritária é nesse sentido, tendendo a uma aplicação muito mais ampla, tendendo à tão temerosa expansão do controle penal.

---

<sup>172</sup> LOPES JUNIOR. *O novo regime...*, xiii.

A lei 12.403/11 se mostra também como uma complementação da lei 9.714/98, que estendeu aos delitos cuja pena privativa de liberdade não excedesse quatro anos, desde que praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, a condenação a uma pena restritiva de direitos. Ora, se ao fim da instrução a condenação se revelará restringindo direitos, por que manter o acusado preso no seu decorrer então?

Vivenciamos, nas últimas décadas, a falência dos institutos prisionais. As penas não cumprem mais suas funções, quer seja de retribuição, prevenção geral, prevenção geral positiva, prevenção específica. E principalmente esta última.

Uma consequência lógica da teoria preventiva especial ressocializadora é, no âmbito prisional, o tratamento do preso. A primeira contrariedade que se apresenta em relação ao tratamento penitenciário é a sua absoluta ineficácia diante das condições de vida dentro da prisão. Em segundo lugar, o tratamento penitenciário se traduz em diversas afrontas às garantias fundamentais da pessoa. Os agentes não são capacitados para proporcionar um tratamento digno e eficaz.

A pena privativa de liberdade é talvez um dos instrumentos mais graves que o Estado conta para manejar determinado grupo social. Esse tipo de pena, contudo, não resolve o problema da ressocialização do detido: a prisão não ressocializa. A melhor maneira de promover a tão almejada ressocialização é não retirando o indivíduo da sociedade. Dar meios para que ele possa crescer profissionalmente, garantir a convivência familiar, possibilitar um aprimoramento pessoal é que podem, sim, torná-lo apto a conviver em sociedade sem delinquir.

É essa visão que os legisladores precisam adotar quando da elaboração das leis. Não se pretende a impunidade, pelo contrário, as punições devem existir e devem ser quanto mais graves for o delito. No entanto, devem ser analisados os efeitos pretendidos pelo Direito Penal. Se for poder reinserir o indivíduo novamente na sociedade, prender não parece a melhor alternativa.

Por fim, a lei 12.403/11 reflete essa necessidade de buscar novos institutos que garantam a punição, mas que não conduzam ao cárcere, deixando esse como *ultima ratio* do sistema, totalmente excepcional.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 10a. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/>. Download em 03/ago/2011.

\_\_\_\_\_. **Punidos e Mal Pagos. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória**. 2a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. “Deu no jornal”: notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal. **Revista liberdades**. Nº 02 – setembro-dezembro de 2009. p. 56-77. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/revistaLiberdades.php>. Acesso em: 09/11/2012.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25a. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2a. ed. rev. ampl., com introdução e índices onomástico e analítico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2009.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

\_\_\_\_\_. Prisão Cautelar e Prisão como Pena: a Identidade na História\*. **EOS. Revista Jurídica da Faculdade de Direito** – V. I – nº 4. Ano III.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GUNTHER, Klaus. Crítica da pena II. **Revista direitoGV**. V.3, n. 1 – jan-jul, 2007.

KATO, Maria Ignez Lanzelloti Baldez. **A (Des)Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Marcellus Polastri. **Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal**. 5a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**. Vol. 1. 8a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4a. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LUCA, Giuseppe di. **Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva**. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1953.

MARQUES, José Frederico. **Da prisão no Direito Brasileiro**. In: Estudos de Direito Processual Penal. São Paulo: Millenium, 2001.

MARX, Karl. **O Capital**. Livro 4. Vol. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

MORETTO, Rodrigo. **Crítica Interdisciplinar da Pena de Prisão: Controle do Espaço na Sociedade do Tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/11: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Atualização do Processo Penal. Lei 12.403, de 05 de maio de 2011**. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/56497413/Eugenio-Pacelli-mudancas-CPP-Lei-12-403-11>. Acesso em 23/10/2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 16a. ed. atual. de acordo com as Leis nº 12.403, 12.432, 12.461, 12.483 e 12.529, todas de 2011, e Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. São Paulo: Altas, 2012.

PASTANA, Débora Regina. Estado Punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais 2009** – RBCCrim nº 79. p. 313-330.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**. Nº 07 - maio-agosto de 2011. p. 23-62. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/revistaLiberdades.php>. Acesso em: 09/11/2012.

**SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL**. 2.º Encontro Nacional do Judiciário. Belo Horizonte - MG, 16.02.09. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres\\_dr\\_erivaldo.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres_dr_erivaldo.pdf). Acesso em: 21/11/2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios que regem a aplicação da pena**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo1.htm>. Acesso em: 09/11/2012.

TUCCI. Rogério Lauria. DELMANTO JUNIOR, Roberto, *et alii*. Sistematização das Medidas Cautelares Processuais Penais, in **Revista do Advogado**. São Paulo: AMSP, nº 78, setembro de 2004 (em homenagem ao Professor Sérgio de Moraes Pitombo).

VASCONCELOS, Karina Nogueira. O modelo punitivo carcerário: entre a crise teórico-ideológica e o reafirmar-se político. **Revista Brasileira de Ciências Criminais 2009** – RBCCrim nº 78. p. 349-387.